Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Zehnten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm.

1808.

Lib. IX. Tit. I.

Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur.

§. 691.

Zuſammenhang dieſes Buchs.

Wir haben nun die dinglichen Klagen kennen gelernt, welche aus dem Erbrechte, dem Eigenthume, und dem Rechte der Servitut entſtehen. Nach der Ordnung ſollte jetzt die Lehre vom Pfandrechte folgen. Allein da Pfänder gewöhnlich zur Beſtärkung der Contractsverbindlichkeiten beſtellt zu werden pflegen, ſo wird davon erſt nach den Lehren von Contracten gehandelt (Lib. XX.). Die Verfaſſer unſerer Pandecten kommen daher jetzt auf die perſönlichen Klagen. Dieſe ſind entweder Contractsklagen, oder ſie gehen auf ſolche Forderungen, die nicht durch Contracte begründet worden ſind. Zu den letztern gehören die verſchiedenen Entſchädigungsklagen.

§. 692.

Ueberſicht der mancherley Entſchädigungsklagen.

Es laſſen ſich, um die mancherley Entſchädigungsklagen des Römiſchen Rechts mit einem Blick überſehen zu können, folgende Fälle unterſcheiden.

Einen Schaden konnte man erlitten haben entweder von einer fremden leblosen Sache, oder von einem fremden Thiere, oder von einem freyen Menschen, oder von einem fremden Sklaven.

I. Wenn die leblose Sache eines Eigenthümers Jemanden beschädiget, so concurrirt entweder

1) eines Menschen Schuld dabey; dann hat die *actio legis Aquiliae* Statt, wovon der folgende Titel handelt; oder

2) der Schade ist ohne eines Menschen Schuld geschehen. Hier ist wieder zu unterscheiden.

a) Die Sache des Eigenthümers fällt auf die öffentliche Strasse, und beschädiget einen Vorübergehenden. Hier kann der Eigenthümer durch keine Entschädigungsklage in Anspruch genommen werden. Z. B. ein Ziegel fällt vom Dache bey einem entstehenden Sturmwinde, und verletzt einen Vorübergehenden [1]).

b) Die Sache des Eigenthümers fällt auf das Grundstück des Nachbars, und beschädiget dessen Eigenthum. Hier kann der Beschädigte eigentlich nur die auf sein Grundstück gefallene Sache retiniren, bis ihm der Schade ersetzt ist [2]). Eine Entschädigungsklage steht dem Nachbar deswegen nicht zu, ausgenommen wenn er sich entweder durch eine cautio damni infecti auf den Fall eines möglichen Einsturzes vorsahe, oder wenn es dem Beschädigten wegen Abwesenheit in öffentlichen Geschäften, oder wegen

1) *L. 5. §. 2. D. ad L. Aquil.* S. Thibaut Versuche 2. Bd. S. 223. und HOMMEL Rhapsod. quaest. Vol. VI. Obs. 705.

2) *L. 6. L. 7. §. 2. D. de damno inf.*

wegen Kürze der Zeit unmöglich war, Caution zu fordern. Hier kann er doch gegen den Eigenthümer des eingestürtzten Gebäudes auf Ersatz des Schadens klagen, insofern dieser noch das Gebäude als sein Eigenthum behalten will [3]). Ein Mehreres hiervon in dem Tit. de damno infecto. Lib. XXXIX. Tit. 2.

II. Wenn ein Thier Schaden gethan hat [4]), so ist es entweder

A) ein wildes Thier, und dieses befindet sich entweder

a) in dem Eigenthume eines Herrn. Hier braucht der Eigenthümer des wilden Thiers den Schaden nicht zu ersetzen, wenn er dabey ausser Schuld ist [5]). Denn vor einem wilden Thiere muß sich ein jeder hüten, daß er ihm nicht zu nahe kommt. Wer das nicht thut, ist selbst an seinem Schaden schuld [6]). Wäre hingegen der Schaden

3) *L. 9. pr. D. eodem.* S. SCHOEMANS Handbuch des Civilrechts 1. Bd. S. 192.

4) S. *Io. Clam. Aug. von dem* BUSCHE Diss. Dominum ex facto animalis praeter culpam non obligari. *Lipsiae 1729. Io.* THOMAE Tr. de noxa animalium. *Francof. ad Moen. 1690.* 8. *Frid. Ad. van der* MARCK Disp. de eo, quod iustum est circa pauperiem ab animalibus factam. *Lingae 1731.* 8.

5) *Pr. I. h. t.* Caeterum si genitalis sit feritas: cessat actio. — *L. 1. §. 10. D. h. t.* In bestiis autem, *propter naturalem feritatem*, haec (de pauperie) actio locum non habet.

6) *Ian. a* COSTA in Comment. ad princ. I. h. t. giebt noch den Grund an; *quia lex 12. tabb. ita a Decemviris scripta, ut de ea re nihil meminerit: cum prisca et antiqua urbis frugalitas nondum feras bestias invexisset, quae ad voluptatem spectaculorum comparabantur magis, quam ad usum et necessitatem.*

durch eine Verschuldung des Eigenthümers geschehen, z. B. er hat das Thier nicht gehörig verwahrt, oder es an einem solchen Orte gehalten, wo der Zugang von Menschen ist; so findet

1) eine Pönalklage *ex Edicto aedilitio* Statt, welche auf die Strafe des doppelten Ersatzes geht, wofern sich der Schaden taxiren läßt, oder auf eine Strafe von 200 Solidis, wenn ein freyer Mensch dadurch getödet worden ist [7]). Heutzutage findet statt dieser Privatstrafe eine arbiträre öffentliche Strafe Statt [8]).

2) Eine Klage auf simple Entschädigung, nämlich die *actio de pauperie utilis* [9]).

b) Das wilde Thier hat keinen Herrn. Dann gehört es entweder

aa) zur

7) *L. 40. 41. et 42. D. de aedil. Edict.* S. *Ev.* OTTONIS lib. de tutela viarum publicarum. (*Traj. ad Rhen. 1731.*) pag. 425 — 470. *Io. Leonh.* WINTGENS Diss. de animalibus ferocibus, qua vulgo iter fit, non habendis. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. Nr. XIV.) und *Christ. Gotth.* HÜBNERI Observationes Edicto viario Aedilium curulium adspersae. *Lipsiae 1798.* 4.

8) Peinl. Gerichtsordnung Carls V. Art. 136. und *Can. 8. Caus. XXIII.* qu. 5. S. WINTGENS Cit. Diss. Cap. VI. in. fin. und Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 5. Bd. §. 1221.

9) §. 1. *I. h. t.* Praeter has aedilitias actiones et *de pauperie* locum habebit. Add. *L. 4. D. eodem.* S. HÜBNER Observat. cit. Cap. 2. pag. 10. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4015.

aa) zur Jagd, ſo daß man ſolches, wenn man nicht zur Jagd berechtiget iſt, nicht erlegen darf. Hier kann gegen den Herrn der Jagd auf Schadenserſatz geklagt werden. *Nam, qui occaſionem praeſtat, damnum feciſſe videtur* [10]). Die Klage iſt die *actio in factum* [11]). Oder

bb) es iſt eine herrnloſe Sache, die Jeder occupiren kann. Hier fällt alle Klage weg, wenn das Thier auch vorher einen Herrn gehabt hätte, aus deſſen cuſtodia es durch Gewalt auf eine ſolche Art entwiſcht iſt, daß ſein Eigenthum daran aufgehört hat. Es haftet der vorige Eigenthümer für keinen Schaden mehr. Der Beſchädigte kann ſich alſo blos an das Thier halten, ſofern er ſich deſſelben zu bemächtigen im Stande iſt [12]).

B) Iſt das Thier, welches den Schaden gethan hat, ein zahmes Thier, ſo wurde der Schaden entweder

1) durch die Schuld eines Menſchen veranlaßt, und zwar entweder

10) *L. 30. §. 3. D. ad Leg. Aquil.*

11) S. *Io. Mich.* SEUFFERT Progr. de damno per ferarum incurſus in agris, pratis, vineisque dato, ab eo, cui ius venandi competit; ex iuris germanici praeſcriptis reſarciendo. *Wirceburgi 1788.* 8. und Runde Grundſätze des allgemeinen teutſchen Privatrechts §. 160.

12) *L. 1. §. 10. D. h. t.* Si urſus fugit, et ſic nocuit, non poteſt quondam dominus conveniri: quia deſinit dominus eſſe, ubi fera evaſit, et ideo, et ſi eum occidi, meum corpus eſt.

durch eine Verschuldung des Eigenthümers geschehen, z. B. er hat das Thier nicht gehörig verwahrt, oder es an einem solchen Orte gehalten, wo der Zugang von Menschen ist; so findet

1) eine Pönalklage *ex Edicto aedilitio* Statt, welche auf die Strafe des doppelten Ersatzes geht, wofern sich der Schaden taxiren läßt, oder auf eine Strafe von 200 Solidis, wenn ein freyer Mensch dadurch getödet worden ist [7]). Heutzutage findet statt dieser Privatstrafe eine arbiträre öffentliche Strafe Statt [8]).

2) Eine Klage auf simple Entschädigung, nämlich die *actio de pauperie utilis* [9]).

b) Das wilde Thier hat keinen Herrn. Dann gehört es entweder

aa) zur

7) *L. 40. 41. et 42. D. de aedil. Edict.* S. *Ev.* OTTONIS lib. de tutela viarum publicarum. (*Traj. ad Rhen. 1731.*) pag. 425 — 470. *Io. Leonh.* WINTGENS Diss. de animalibus ferocibus, qua vulgo iter fit, non habendis. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. Nr. XIV.) und *Christ. Gotth.* HÜBNERI Observationes Edicto viario Aedilium curulium adspersae. *Lipsiae 1798.* 4.

8) Peinl. Gerichtsordnung Carls V. Art. 136. und *Can. 8. Caus. XXIII.* qu. 5. S. WINTGENS Cit. Diss. Cap. VI. in. fin. und Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 5. Bd. §. 1221.

9) §. 1. *I. h. t.* Praeter has aedilitias actiones et *de pauperie* locum habebit. Add. *L. 4. D. eodem.* S. HÜBNER Observat. cit. Cap. 2. pag. 10. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4015.

aa) zur Jagd, ſo daß man ſolches, wenn man nicht zur Jagd berechtiget iſt, nicht erlegen darf. Hier kann gegen den Herrn der Jagd auf Schadenserſatz geklagt werden. *Nam, qui occaſionem praeſtat, damnum feciſſe videtur* [10]). Die Klage iſt die *actio in factum* [11]). Oder

bb) es iſt eine herrnloſe Sache, die Jeder occupiren kann. Hier fällt alle Klage weg, wenn das Thier auch vorher einen Herrn gehabt hätte, aus deſſen cuſtodia es durch Gewalt auf eine ſolche Art entwiſcht iſt, daß ſein Eigenthum daran aufgehört hat. Es haftet der vorige Eigenthümer für keinen Schaden mehr. Der Beſchädigte kann ſich alſo blos an das Thier halten, ſofern er ſich deſſelben zu bemächtigen im Stande iſt [12]).

B) Iſt das Thier, welches den Schaden gethan hat, ein zahmes Thier, ſo wurde der Schaden entweder

1) durch die Schuld eines Menſchen veranlaßt, und zwar entweder

10) *L. 30. §. 3. D. ad Leg. Aquil.*

11) S. *Io. Mich.* SEUFFERT Progr. de damno per ferarum incurſus in agris, pratis, vineisque dato, ab eo, cui ius venandi competit; ex iuris germanici praeſcriptis reſarciendo. *Wirceburgi 1788.* 8. und Runde Grundſätze des allgemeinen teutſchen Privatrechts §. 160.

12) *L. 1. §. 10. D. h. t.* Si urſus fugit, et ſic nocuit, non poteſt quondam dominus conveniri: quia deſinit dominus eſſe, ubi fera evaſit, et ideo, et ſi eum occidi, meum corpus eſt.

durch eine Verschuldung des Eigenthümers geschehen, z. B. er hat das Thier nicht gehörig verwahrt, oder es an einem solchen Orte gehalten, wo der Zugang von Menschen ist; so findet

1) eine Pönalklage *ex Edicto aedilitio* Statt, welche auf die Strafe des doppelten Ersatzes geht, wofern sich der Schaden taxiren läßt, oder auf eine Strafe von 200 Solidis, wenn ein freyer Mensch dadurch getödet worden ist [7]). Heutzutage findet statt dieser Privatstrafe eine arbiträre öffentliche Strafe Statt [8]).

2) Eine Klage auf simple Entschädigung, nämlich die *actio de pauperie utilis* [9]).

b) Das wilde Thier hat keinen Herrn. Dann gehört es entweder

aa) zur

7) *L. 40. 41. et 42. D. de aedil. Edict.* S. *Ev.* OTTONIS lib. de tutela viarum publicarum. (*Traj. ad Rhen. 1731.*) pag. 425 — 470. *Io. Leonh.* WINTGENS Diss. de animalibus ferocibus, qua vulgo iter fit, non habendis. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. Nr. XIV.) und *Christ. Gotth.* HÜBNERI Observationes Edicto viario Aedilium curulium adspersae. *Lipsiae 1798.* 4.

8) Peinl. Gerichtsordnung Carls V. Art. 136. und *Can. 8. Caus. XXIII.* qu. 5. S. WINTGENS Cit. Diss. Cap. VI. in. fin. und Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 5. Bd. §. 1221.

9) §. 1. *I. h. t.* Praeter has aedilitias actiones et *de pauperie* locum habebit. Add. *L. 4. D. eodem.* S. HÜBNER Observat. cit. Cap. 2. pag. 10. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4015.

aa) zur Jagd, ſo daß man ſolches, wenn man nicht zur Jagd berechtiget iſt, nicht erlegen darf. Hier kann gegen den Herrn der Jagd auf Schadenserſatz geklagt werden. *Nam, qui occaſionem praeſtat, damnum feciſſe videtur* [10]). Die Klage iſt die *actio in factum* [11]). Oder

bb) es iſt eine herrnloſe Sache, die Jeder occupiren kann. Hier fällt alle Klage weg, wenn das Thier auch vorher einen Herrn gehabt hätte, aus deſſen cuſtodia es durch Gewalt auf eine ſolche Art entwiſcht iſt, daß ſein Eigenthum daran aufgehört hat. Es haftet der vorige Eigenthümer für keinen Schaden mehr. Der Beſchädigte kann ſich alſo blos an das Thier halten, ſofern er ſich deſſelben zu bemächtigen im Stande iſt [12]).

B) Iſt das Thier, welches den Schaden gethan hat, ein zahmes Thier, ſo wurde der Schaden entweder

1) durch die Schuld eines Menſchen veranlaßt, und zwar entweder

10) *L. 30. §. 3. D. ad Leg. Aquil.*

11) S. *Io. Mich.* SEUFFERT Progr. de damno per ferarum incurſus in agris, pratis, vineisque dato, ab eo, cui ius venandi competit; ex iuris germanici praeſcriptis reſarciendo. *Wirceburgi 1788.* 8. und Runde Grundſätze des allgemeinen teutſchen Privatrechts §. 160.

12) *L. 1. §. 10. D. h. t.* Si urſus fugit, et ſic nocuit, non poteſt quondam dominus conveniri: quia deſinit dominus eſſe, ubi fera evaſit, et ideo, et ſi eum occidi, meum corpus eſt.

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Zehnten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm.

1808.

Lib. IX. Tit. I.

Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur.

§. 691.

Zuſammenhang dieſes Buchs.

Wir haben nun die dinglichen Klagen kennen gelernt, welche aus dem Erbrechte, dem Eigenthume, und dem Rechte der Servitut entſtehen. Nach der Ordnung ſollte jetzt die Lehre vom Pfandrechte folgen. Allein da Pfänder gewöhnlich zur Beſtärkung der Contractsverbindlichkeiten beſtellt zu werden pflegen, ſo wird davon erſt nach den Lehren von Contracten gehandelt (Lib. XX.). Die Verfaſſer unſerer Pandecten kommen daher jetzt auf die perſönlichen Klagen. Dieſe ſind entweder Contractsklagen, oder ſie gehen auf ſolche Forderungen, die nicht durch Contracte begründet worden ſind. Zu den letztern gehören die verſchiedenen Entſchädigungsklagen.

§. 692.

Ueberſicht der mancherley Entſchädigungsklagen.

Es laſſen ſich, um die mancherley Entſchädigungsklagen des Römiſchen Rechts mit einem Blick überſehen zu können, folgende Fälle unterſcheiden.

Einen Schaden konnte man erlitten haben entweder von einer fremden leblosen Sache, oder von einem fremden Thiere, oder von einem freyen Menschen, oder von einem fremden Sklaven.

I. Wenn die leblose Sache eines Eigenthümers Jemanden beschädiget, so concurrirt entweder

1) eines Menschen Schuld dabey; dann hat die *actio legis Aquiliae* Statt, wovon der folgende Titel handelt; oder

2) der Schade ist ohne eines Menschen Schuld geschehen. Hier ist wieder zu unterscheiden.

a) Die Sache des Eigenthümers fällt auf die öffentliche Strasse, und beschädiget einen Vorübergehenden. Hier kann der Eigenthümer durch keine Entschädigungsklage in Anspruch genommen werden. Z. B. ein Ziegel fällt vom Dache bey einem entstehenden Sturmwinde, und verletzt einen Vorübergehenden [1]).

b) Die Sache des Eigenthümers fällt auf das Grundstück des Nachbars, und beschädiget dessen Eigenthum. Hier kann der Beschädigte eigentlich nur die auf sein Grundstück gefallene Sache retiniren, bis ihm der Schade ersetzt ist [2]). Eine Entschädigungsklage steht dem Nachbar deswegen nicht zu, ausgenommen wenn er sich entweder durch eine cautio damni infecti auf den Fall eines möglichen Einsturzes vorsahe, oder wenn es dem Beschädigten wegen Abwesenheit in öffentlichen Geschäften, oder wegen

1) *L. 5. §. 2. D. ad L. Aquil.* S. Thibaut Versuche 2. Bd. S. 223. und HOMMEL Rhapsod. quaest. Vol. VI. Obs. 705.

2) *L. 6. L. 7. §. 2. D. de damno inf.*

wegen Kürze der Zeit unmöglich war, Caution zu fordern. Hier kann er doch gegen den Eigenthümer des eingestürzten Gebäudes auf Ersatz des Schadens klagen, insofern dieser noch das Gebäude als sein Eigenthum behalten will [3]). Ein Mehreres hiervon in dem Tit. de damno infecto. Lib. XXXIX. Tit. 2.

II. Wenn ein Thier Schaden gethan hat [4]), so ist es entweder

A) ein wildes Thier, und dieses befindet sich entweder

a) in dem Eigenthume eines Herrn. Hier braucht der Eigenthümer des wilden Thiers den Schaden nicht zu ersetzen, wenn er dabey ausser Schuld ist [5]). Denn vor einem wilden Thiere muß sich ein jeder hüten, daß er ihm nicht zu nahe kommt. Wer das nicht thut, ist selbst an seinem Schaden schuld [6]). Wäre hingegen der Schaden

3) *L. 9. pr. D. eodem.* S. SCHOEMANS Handbuch des Civilrechts 1. Bd. S. 192.

4) S. *Io. Clam. Aug. von dem* BUSCHE Diss. Dominum ex facto animalis praeter culpam non obligari. *Lipsiae 1729. Io.* THOMAE Tr. de noxa animalium. *Francof. ad Moen. 1690. 8. Frid. Ad. van der* MARCK Disp. de eo, quod iustum est circa pauperiem ab animalibus factam. *Lingae 1781. 8.*

5) *Pr. I. h. t.* Caeterum si genitalis sit feritas: cessat actio. — *L. 1. §. 10. D. h. t.* In bestiis autem, *propter naturalem feritatem*, haec (de pauperie) actio locum non habet.

6) *Ian. a* COSTA in Comment. ad princ. I. h. t. giebt noch den Grund an; *quia lex 12. tabb. ita a Decemviris scripta, ut de ea re nihil meminerit: cum prisca et antiqua urbis frugalitas nondum feras bestias invexisset, quae ad voluptatem spectaculorum comparabantur magis, quam ad usum et neceſſitatem.*

durch eine Verschuldung des Eigenthümers geschehen, z. B. er hat das Thier nicht gehörig verwahrt, oder es an einem solchen Orte gehalten, wo der Zugang von Menschen ist; so findet

1) eine Pönalklage *ex Edicto aedilitio* Statt, welche auf die Strafe des doppelten Ersatzes geht, wofern sich der Schaden taxiren läßt, oder auf eine Strafe von 200 Solidis, wenn ein freyer Mensch dadurch getödet worden ist [7]). Heutzutage findet statt dieser Privatstrafe eine arbiträre öffentliche Strafe Statt [8]).

2) Eine Klage auf simple Entschädigung, nämlich die *actio de pauperie utilis* [9]).

b) Das wilde Thier hat keinen Herrn. Dann gehört es entweder

aa) zur

7) *L. 40. 41. et 42. D. de aedil. Edict.* S. *Ev.* OTTONIS lib. de tutela viarum publicarum. (*Traj. ad Rhen. 1731.*) pag. 425 — 470. *Io. Leonh.* WINTGENS Diss. de animalibus ferocibus, qua vulgo iter fit, non habendis. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. Nr. XIV.) und *Christ. Gotth.* HÜBNERI Observationes Edicto viario Aedilium curulium adspersae. *Lipsiae 1798.* 4.

8) Peinl. Gerichtsordnung Carls V. Art. 136. und *Can. 8. Caus. XXIII.* qu. 5. S. WINTGENS Cit. Diss. Cap. VI. in. fin. und Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 5. Bd. §. 1221.

9) §. 1. *I. h. t.* Praeter has aedilitias actiones et *de pauperie* locum habebit. Add. *L. 4. D. eodem.* S. HÜBNER Observat. cit. Cap. 2. pag. 10. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4015.

aa) zur Jagd, ſo daß man ſolches, wenn man nicht zur Jagd berechtiget iſt, nicht erlegen darf. Hier kann gegen den Herrn der Jagd auf Schadenserſatz geklagt werden. *Nam, qui occaſionem praeſtat, damnum feciſſe videtur* [10]). Die Klage iſt die *actio in factum* [11]). Oder

bb) es iſt eine herrnloſe Sache, die Jeder occupiren kann. Hier fällt alle Klage weg, wenn das Thier auch vorher einen Herrn gehabt hätte, aus deſſen cuſtodia es durch Gewalt auf eine ſolche Art entwiſcht iſt, daß ſein Eigenthum daran aufgehört hat. Es haftet der vorige Eigenthümer für keinen Schaden mehr. Der Beſchädigte kann ſich alſo blos an das Thier halten, ſofern er ſich deſſelben zu bemächtigen im Stande iſt [12]).

B) Iſt das Thier, welches den Schaden gethan hat, ein zahmes Thier, ſo wurde der Schaden entweder

1) durch die Schuld eines Menſchen veranlaßt, und zwar entweder

10) *L. 30. §. 3. D. ad Leg. Aquil.*

11) S. *Io. Mich.* SEUFFERT Progr. de damno per ferarum incurſus in agris, pratis, vineisque dato, ab eo, cui ius venandi competit; ex iuris germanici praeſcriptis reſarciendo. *Wirceburgi 1788.* 8. und Runde Grundſätze des allgemeinen teutſchen Privatrechts §. 160.

12) *L. 1. §. 10. D. h. t.* Si urſus fugit, et ſic nocuit, non poteſt quondam dominus conveniri: quia deſinit dominus eſſe, ubi fera evaſit, et ideo, et ſi eum occidi, meum corpus eſt.

a) des Beschädigten selbst. Hier kann von keinem Ersatz die Rede seyn. *Nam damnum, quod sua quisque culpa sentit, sentire non intelligitur* [13]). Oder

b) des Eigenthümers des Thieres. Dann ist dieser unbedingt zum Schadensersatz verbunden [14]). Die Klage ist hier die *actio Legis Aquiliae*. Oder endlich

c) eines Dritten. Dieser hat das Thier gereizt, den Hund gehetzt, oder das Pferd geschlagen, oder verwundet, daß es vor Schmerz ausschlug, und Jemanden verletzte. Dann haftet dieser zunächst mit der *actione Legis Aquiliae*, oder *actione in factum* für den Schaden [15]). Wäre aber von diesem keine Entschädigung zu erhalten, so kann auch der Eigenthümer subsidiarisch mit der *actio de pauperie* in Anspruch genommen werden [16]). Zuweilen finden noch andere Klagen Statt; z. B. *actio de recepto* [17]). Man setze folgenden Fall. Ich führe mein Pferd in einen Gasthof, und übergebe es dem Wirth. Dieser führt es in einen Stall zu andern Pferden, begeht aber die Unvorsichtigkeit, daß er keinen Baum zwischen mein Pferd und die andern legt. Daher wird mein Pferd von einem andern geschlagen. Hier klage ich gegen den Wirth mit der *actio in factum de recepto*.

Ist

13) *L. 203. D. de Reg. iur. L. 2. §. 1. D. h. t.*

14) *L. 52. §. 2. D. ad L. Aquil.*

15) *L. 1. §. 4. 5. 6. et 7. D. h. t.*

16) S. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pandect. Tom. I. h. t. §. 5. und THIBAUT Syst. des Pandect. Rechts 2. Bd. §. 979.

17) S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen. 5. Bd. §. 1222. S. 85.

Iſt der Schade durch Abweiden oder Wegfreſſen geſchehen, ſo ſind folgende Fälle zu unterſcheiden.

aa) Das Hintreiben des Viehes zur Weide geſchahe abſichtlich; und dann hat entweder

α) der Eigenthümer ſein Vieh auf ein fremdes Grundſtück zur Weide getrieben, in der Abſicht zu ſchaden. Hier hat *actio de paſtu pecoris* Statt. Oder er hat

β) das Vieh auf ſein Grundſtück hingetrieben, um daſelbſt befindliche fremde Sachen wegzufreſſen. Hier hat *actio in factum* Statt.

Beyde Klagen ſind gegründet in der *L.* 14. §. 3. *D. de praeſcriptis verb. et in fact. actionib.* wo **Ulpian** ſagt: Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat, eamque ego, *immiſſo pecore*, depaſcam, *Ariſto* ſcribit, non ſibi occurrere legitimam actionem, qua experiri poſſis [18]). Nam neque ex Lege duodecim Tabularum *de paſtu pecoris*, quia non *in tuo* paſcitur; neque de pauperie, neque damni iniuriae [19]) agi poſſe: *in factum* itaque erit agendum.

Es iſt hieraus klar, daß beyde Klagen abſichtliche Beſchädigung durch Hintreiben des Viehes zur Weide vor-

18) Die Florentine lieſet *poſſim*. Dafür hat unſer *Cod. Pand. Erlang. membr.* richtiger *poſſis*. Eben ſo lieſet auch BAUDOZA CESTIUS.

19) Dieſe Leſeart, welche unſer Erlanger Codex, auch Haloander und Hugo a Porta (edit. *Lugdun.* 1572. f.) haben, iſt der Florentiniſchen: *de damni iniuriae* unſtreitig vorzuziehen, wie auch Brenkmann in dem Gebauerſchen Corp. iuris bemerkt hat.

ausſetzen. Das Fragment in dem Geſetz der zwölf Tafeln, worauf ſich Ulpian bezieht, iſt zwar mangelhaft, es lautet ſo: *Quei Pecu. Endo. Alieno. Impeſcit* [20]), d. h. wer ſein Vieh auf eines Andern Grundſtück zur Weide treibt. Indeſſen dient es doch immer zum Beweiſe, daß die *actio de paſtu pecoris* abſichtliche Beſchädigung durch Abweiden fremder Felder zu ihrer Begründung erfordere [21]). Nach Pomponius, deſſen Meinung auch Ulpian *L.* 9. §. 1. *D. ad exhib.* billiget, findet jedoch in dem Falle, da wegen des Abweidens die *actio in factum* gegeben iſt, auch die *actio ad exhibendum* Statt. Glans ex arbore tua, ſagt Ulpian, in fundum meum incidit, eam

20) Siehe Tab. VII. de delictis in *Iac.* GOTHOFREDI Fontib. quatuor iuris civ. (bey OTTO in *Theſ. iur. Rom.* T. III.) und GOTHOFREDUS Lib. III. Probation. ad Tab. 7. cit.

21) Daß Ulpian in dem *Lib. XLI. ad Sabinum*, woraus *L. 14. §. 3. cit.* genommen iſt, faſt durchaus nur von wirklichen Vergehungen gehandelt habe, erhellet aus den übrigen daraus entlehnten, und in den Pandecten befindlichen Fragmenten. *L. 57. D. de iudic. L. 41. D. ad L. Aquil. L. 35. de nox. act. L. 4. de condict. furt. L. 1. de privat. delict. L. 3. L. 5. L. 7. 23. 25. 27. 29. 31. 33. 36. 39. 41. 43. 45. D. de furt.* S. *Iac.* GOTHOFREDUS in IV. Fontib. iuris civ. Lib. V. ad Tab. VII. Verb. *Si quadrupes pauperiem.* (bey OTTO in *Theſ. iur. Rom.* Tom. III. pag. 175.) Thibaut Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2. B. Abh. 8. S. 225. folg. Vorzüglich auch die Jenaiſche allgem. Litterat. Zeitung v. J. 1807. Nr. 28. S. 222. Anderer Meinung ſind jedoch *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejuſtin. ad PAULI Sentent. *Recept.* Lib. I. Tit. 15. §. 1. Not. 4. pag. 253. HUFELAND im Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 599. Not. 1. S. 248. und SCHOEMAN im Handb. des Civilrechts I. B. S. 201.

eam ego immiſſo pecore depaſco, qua actione poſſum teneri? *Pomponius* ſcribit, competere actionem ad exhibendum, *ſi dolo pecus immiſi*, ut glandem comederet. Wo alſo die Abſicht zu ſchaden wegfällt, und

bb) das Weiden des Viehes auf fremden Grundſtücken durch eine bloße Culpa des Andern geſchahe, da findet nur die gewöhnliche *actio Legis Aquiliae* Statt. Hierher gehört die *L. 6. Cod. de Lege Aquil.* wo die Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** reſcribiren: De his, quae *per iniuriam depaſta* contendis, *ex ſententia Legis Aquiliae* agere minime prohiberis.

2) Hat ein zahmes Thier Schaden angerichtet, ohne daß die Schuld eines Menſchen dabey concurrirt; ſo hat es entweder

a) *contra naturam ſui generis* geſchadet; d. h. es hat ein zahmes Thier ungereizt, in einem Ausbruche von Wildheit, die ſonſt dem gewöhnlichen Betragen und Naturtriebe dieſer Thiergattung nicht gemäß iſt, Schaden angerichtet; z. B. ein Pferd hat von freyen Stücken ausgeſchlagen, oder ein Ochs geſtoßen, oder ein Hund Jemanden angefallen. Ein ſolcher Schade wird im eigentlichen Sinn *pauperies*[22]) genennt, die Klage ſelbſt aber, welche der Beſchä-

22) *L. 1. §. 3. D. h. t. Pauperies* eſt damnum, ſine iniuria facientis datum: nec enim poteſt animal iniuria feciſſe (oder wie *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ad Pand. Diſſ. X. ad Lib. IX. §. 1. durch Gemination leſen will: *iniuria affeciſſe*) quod ſenſu caret; und in *L. 1. §. 7. h. t.* heißt es: Et generaliter haec actio (ſc. *de pauperie*) locum habet, quotiens *contra naturam* fera

Beschädigte gegen den Eigenthümer des Thieres anstellen kann, ist die *actio de pauperie* [23]).

b) Das

fera mota *pauperiem* dedit. S. DIDEMANN Obss. ad doctrinam de damno et pauperie. *Lipsiae 1804.* Auf eine andere Art erklärt *Franc.* SCHOEMAN im Handbuch des Civilrechts 1. Band S. 197. ff. die Ausdrücke *contra naturam* und *secundum naturam.* Er will sie nicht auf das Thier, sondern auf den Act der Beschädigung beziehen, und blos darin ein Unterscheidungsmerkmal der *actio de pauperie* von der *actione de pastu* finden. Er sagt nämlich: das thierische äußere Wirken ist entweder seiner Natur nach von der Art, daß es schlechterdings das bürgerliche Eigenthum beeinträchtigen muß, oder nicht. Von jener Art ist das Weiden und Abfressen. Dies ist ein unzertrennlich mit Schadenzufügung verknüpftes Wirken der thierischen Natur. Also ein *damnum secundum naturam datum.* Dafür entschädigten die Zwölftafelgesetze nach Ulpians Zeugniß den Verletzten vermittelst der *actio de pastu.* Alle andern Ausbrüche des thierischen Triebes sind nicht absolut, sondern nur zufällig beschädigend, d. h. sie können Schaden verursachen, aber unzertrennlich sind sie damit nicht verbunden. Der Schade liegt also nicht in ihrer Natur; geschieht *contra naturam*, und wird vermittelst der *actio de pauperie* vindicirt. Allein so sinnreich auch diese Erklärung ist, so wenig scheint sie doch der Ansicht der Gesetze gemäß zu seyn. Auch abgesehen davon, daß eine solche Construction schon an sich etwas gezwungenes hat, so streiten auch die angeführten Gesetze dagegen. Denn die *L. 1. §. 7. h. t.* sagt nicht fera pauperiem contra naturam fecit, sondern *contra naturam mota* pauperiem fecit; und nach *L. 1. §. 10. D. eod.* soll keine Klage Statt haben, wenn ein Thier aus natürlicher Wildheit geschadet hat, ohne daß ein Versehen des Eigenthümers dabey vorgegangen ist. Daß der gesetzliche Ausdruck *contra naturam* auf das Thier gehet, welches den Schaden anrichtet, und nicht auf den Act der Beschädigung, beweißt noch insonderheit eine Stelle aus der griechischen Paraphrase

des

b) Das Thier hat *ſecundum naturam ſui generis* geſchadet, indem es ſeinem Naturtriebe folgte. Hier laſſen ſich wieder folgende Fälle gedenken.

1) Das des Theophilus über die Inſtitutionen Lib. IV. Tit. 9. princ. wo es heißt: Χώρα δέ ἐςι τῷ νοξαλίῳ δυωδεκαδέλτῳ ἐπὶ ἐκείνων τῶν ξώων, ἅ τινα παρὰ Φύσιν αγριούμενα ἕτερον βλάπτουσιν. εἰ γὰρ ἔμφυτος αὐτοῖς ἐςιν ἡ ἀγριότης, ἀργεῖ ὁ δυωδεκάδελτος. i. e. *Locus autem eſt noxali ex XII. Tabb. in iis animalibus, quae praeter naturam efferata alium laedunt: nam ſi naturalis illis ineſt feritas, ceſſat Lex XII. Tab.* ſo nach der Reitziſchen Verſion Tom. II. pag. 859. Man ſehe auch noch VOET in Comm. h. t. §. 4.

23) Die Klage ſtammt aus den Zwölftafelgeſetzen her. Denn in der Tab. VII. heißt es nach GOTHOFREDUS in Fontib. IV. iur. civ. *Si quadrupes pauperiem faxit, dominus noxae aeſtimiam offerto: Si nolet, quod noxit, dato.* Nach einer Stelle in PAULI *Sentent. Recept.* Lib. I. Tit. 15. §. 1. ſoll das nämliche, inſonderheit wegen der Hunde, auch durch eine *Lex Peſulania* verordnet ſeyn. Allein was dies für ein Geſetz ſey, läßt ſich nicht ausfindig machen. Viele halten die Leſeart für unrichtig, und leſen mit Cujaz und Auguſtin *Lege Solonia*, weil Solon nach Plutarch und Plato ein gleiches verordnet haben ſoll. Allein dagegen hat *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejuſt. pag. 253. not. 8. ſehr gründlich erinnert, daß ſchwerlich zu glauben ſey, daß Paulus in einem Buche, welches die Hauptgrundſätze des beſtehenden Rechts in der Kürze darſtellen ſollte, ſich werde auf das Geſetz eines griechiſchen Geſetzgebers berufen haben. *Io.* VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 6. will daher lieber *Colonia* leſen. Es iſt freylich glaublicher, daß vielleicht durch ein Municipalgeſetz die Verordnung wegen der Hunde, deren Paulus gedenkt, gemacht worden ſey, wie auch HÜBNER in Obſſ. ad Edictum viarium Aedil. curul. cap. 3. pag. 18. dafür hält. Man ſehe übrigens noch BOU-

1) Das Thier wurde von einem andern Thiere gereizt oder angefallen, und beschädigte auf diese Art einen Dritten. Hier findet gegen den Eigenthümer desjenigen Thiers, durch welches das andere, welches den Schaden gethan hat, gereizt wurde, nicht gegen den Eigenthümer des letztern die *actio de pauperie* Statt [24]). Hat ein Thier das andere angegriffen, und in diesem Kampfe eins das andere getödet,

CHAUD Commentair sur la Loi des douze Tables p. 178. und *I. M.* MARTINI Diss. de indole actionum de pauperie et de pastu. *Rostochii 1794.*

24) *L. 1. §. 8. D. h. t.* Et, si alia quadrupes aliam concitavit, ut damnum daret, eius, *quae concitavit*, nomine agendum erit. Hat ein Thier zwar dem andern die Veranlassung gegeben, durch Wildheit zu schaden, jedoch ohne Concitation, so muß gegen den Herrn desjenigen Thiers geklagt werden, welches den Schaden gethan hat. Ein Beyspiel giebt Alfenus *L. ult. D. h. t.* Agaso cum in tabernam equum deduceret, mulam equus olfecit, mula calcem reiecit, et crus Agasoni fregit. Consulebatur, possetne cum domino mulae agi, quod ea pauperiem feciſſet? Respondi, posse. Man sehe über diese Stelle Car. *Christph.* HOFACKER Diss. ad Fragmenta, quae ex *Alfeni Vari* libris XL. Digestorum supersunt. (*Tubingae 1775.* 4.) pag. 20. wo die sehr richtige Bemerkung gemacht wird: *Sine dubio* ALFENUS *sensit, ad damnum dandum animal non concitare, nisi tale quid faciat, quod non possit non alterius iram movere; cuius generis id non sit, si equus mulam olfaciat, cum coitum appetere naturale sit in animalibus.* Fast eben so dachte auch der griechische Scholiast ad Basilικῶν Libr. LX. Tit. 2. Const. ult. nach Fabrot Tom. VII. pag. 41. wo er dem Einwurfe aus *L. 5. §. 8. h. t.* so begegnet: ἀλλα τὸ ὀσφρανδῆναι οὐκ ἔστιν ἐρεθισαι. κατὰ φύσιν γάρ ἔπεται τοῖς ζώοις. i. e. *Sed olfacere non est concitare: hoc enim est naturale in animalibus.*

getödet, ſo kann der Eigenthümer des letztern den Eigenthümer des erſtern mit der *actio de pauperie* nur dann belangen, wenn das getödete Thier der angegriffene, nicht aber, wenn es der angreifende Theil geweſen war [25]). Läßt ſich nicht erweißlich machen, welches Thier das andere ange-

25) *L. 1. §. 11. D. h. t.* Cum arietes vel boves commiſiſſent, et alter alterum occidit, *Quintus Mucius* diſtinxit, ut ſiquidem is periſſet, qui adgreſſus erat, ceſſaret actio: ſi is, qui non provocaverat, competeret actio. Quamobrem eum ſibi aut noxam ſarcire, aut in noxam dedere oportere. Man erklärt ſich den Grund dieſer Entſcheidung gewöhnlich ſo, daß der Trieb ſich zu vertheidigen von der Natur auch den Thieren eingepflanzt, und nach den Begriffen der Stoiker für ein natürliches Recht gehalten worden ſey. Man habe alſo hier gleichſam einen Schatten von einem auch unter Thieren ſtatt habenden Rechte der Nothwehr. Der Eigenthümer des angreifenden Thiers, glaubt man daher, müſſe darum haften, weil das Thier nach den Grundſätzen der Stoiker in dieſem Falle die Gränzen des natürlichen Rechts überſchritten habe, hingegen hafte der Herr des angegriffenen Thiers darum nicht, weil ſich das Thier des Rechts der Nothwehr bedient, und alſo ſecundum naturam gehandelt habe. S. GROTIUS de iure B. et P. Lib. I. Cap. 2. §. 3. nr. 2. VOET in Comm. h. t. §. 5. HUBER Praelect. ad Inſtit. Lib. IV. Tit. 9. §. 1. und HOMMEL in Opuſc. iur. P. I. pag. 93—95. Allein andere erklären ſich die Verbindlichkeit des Eigenthümers des angreifenden Thiers natürlicher daraus, daß jener nicht außer Schuld ſey, wenn er die Unart ſeines Thiers kannte, und es nicht unſchädlich zu machen ſuchte. S. WINTGENS oben angef. Diſſertat. de animalibus ferocibus Cap. VI. (in OELRICHS *Theſ. Diſſert.* Belgicar. Vol. I. Tom. II. pag. 176.) und HÜBNER in Obſſ. ad Edictum viarium. Cap. 2. pag. 12. et 13.

angegriffen habe, so fällt nach dem Römischen Rechte die Klage weg [26]).

2) Das Thier hat ungereizt durch einen zufälligen, bey dieser Thierart nicht ungewöhnlichen, Umstand geschadet. Z. E. ein Pferd stolpert oder stürzt auf einem bergabgehenden Wege, und beschädiget Jemanden oder eines Andern Sache im Fallen. Hier findet gar keine Klage statt. Quodsi neque mulae neque homines in causa essent, sagt ganz entscheidend Alfenus *L.* 52. § 2. *D. ad Leg. Aquil.* sed mulae retinere onus nequissent, aut, cum conniterentur, *lapsae concidissent*, et ideo plostrum cessim redisset, atque hi, quo conversum fuisset, onus sustinere nequissent: *neque cum domino mularum, neque cum hominibus esse actionem* [27]).

3) Das Thier hat durch Abweiden oder Wegfressen, oder durch irgend eine andere Handlung, seinem Naturtriebe gemäß, ohne eines Menschen Schuld geschadet. Hier ist es streitig, ob eine Klage, und welche eigentlich Statt finde. Viele [28]) sagen, wenn der Schade durch

Abweiden

26) Arg. *L. 45. §. 3. D. ad Leg. Aquil.* S. VOET Comment. h. t. §. 5.

27) S. HOFACKER Diss. ad Fragmenta Alfeni Vari. pag. 31.

28) VOET h. t. §. 1. WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. Disputat. XXII. Th. 3. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 9. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 7. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4013. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 446. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1170. SCHOEMAN Handbuch des Civilrechts. I. B. S. 197. ff. u. a. m.

Abweiden oder Wegfreſſen geſchehen iſt, ſo habe *actio de paſtu* Statt, wäre er aber auf andere Weiſe geſchehen, ſo müſſe der Beſchädigte den Eigenthümer des Thiers durch die *actio in factum*, oder *actio de pauperie utilis* in Anſpruch nehmen. Allein in den Geſetzen iſt dieſe Meinung nicht gegründet. Denn die *L.* 14. §. 3. *D. de praeſcr. verb.* redet, wie bereits oben gezeigt worden iſt, von abſichtlicher Beſchädigung durch Hintreiben des Viehes zur Weide. Es läßt ſich auch hier, wo von einer an ſich nicht verſchuldeten, mithin von der Regel des Rechts im Ganzen abweichenden Verantwortlichkeit die Rede iſt, eine analogiſche Schlußfolge nicht wohl rechtfertigen. Vielmehr ſtreitet die ganze Analogie des Rechts entgegen, wie Thibaut [29]), dem auch Weber [30]) beyſtimmt, ſehr einleuchtend gezeigt hat. Ohne Schuld eines Menſchen läßt ſich nur dann eine Klage annehmen, wenn das Thier in einem Ausbruche von Wildheit, feritate contra naturam mota, der Aufſicht entwich, und ſich zu der Beſchädigung in Stand ſetzte. Alsdann wäre aber die Klage keine andere, als die *actio de pauperie*, wenn gleich der Schaden durch Abweiden geſchehen wäre. Denn daß unter dieſen Umſtänden ſich auch das Abweiden zu einer pauperies qualificire, erhellet ganz klar aus einer Stelle des Paulus [31]), welcher ſagt: Si qua-

29) Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 2. Band 8. Abth. S. 209. ff.

30) Zu Höpfners Commentar §. 1170. Not. *) S. 1119. folg.

31) *Sentent. Receptar.* Lib. I. Tit. 15. §. 1. bey SCHULTING in *Iurisprud. Antejuſt.* pag. 252. Man vergl. auch *Io. Clam. Aug.* von dem Buſche Diſſ. dominum ex facto animalis praeter culpam non obligari. Cap. II. §. 34. not. t. pag. 38.

quadrupes pauperiem fecerit, damnumve dederit, *quidve depasta sit*, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat, aut quadrupede cedat.

III. Wenn der Schaden von einem freyen Menschen und zwar dadurch geschieht, daß er durch eine positive rechtswidrige Handlung eine fremde körperliche Sache verletzt oder vernichtet, so wird ein solcher Schade *damnum iniuria datum* genennt, und gegen den Thäter die *actio legis Aquiliae* angestellt. Endlich

IV. wenn der Schade von einem fremden Sklaven durch eine Handlung geschahe, wegen deren er selbst als freyer Mensch hätte belangt werden können, so hieß ein solcher Schaden *noxa* oder auch *noxia*, und die Klage, welche aus der rechtswidrigen Handlung eines solchen Sklaven gegen den Herrn desselben angestellt wurde, *actio noxalis*. Es ist jedoch zu bemerken, daß auch von Thieren, welche Schaden angerichtet haben, die Ausdrücke *noxa* und *noxia* gebraucht werden, welche überhaupt in verschiedenen Bedeutungen vorkommen [32]). *Noxa* s. *noxia* heißt nämlich 1) der Schade selbst, z. B. *noxam dare*, *noxam sarcire* [33]). 2) Die Handlung, wodurch der Schade geschehen ist. So sagt Ulpian [34]): animal, quod nocuit, id est, id animal, *quod noxiam commisit*. NOXIA autem est ipsum delictum [35]). In dieser Bedeutung wird die Redensart *noxiam committere* nicht nur von Sklaven, sondern auch von

32) S. BRISSONIUS de Verbor. Significat. v. *Noxa*.

33) *L. 1. §. 11. h. t.*

34) *L. 1. pr. et §. 1. h. t.*

35) *§. 1. I. de noxal. act. L. 238. §. ult. D. de Verb. Signif.*

von freyen Menſchen gebraucht[36]). 3) Das *Corpus*, welches den Schaden angerichtet hat[37]), z. E. *noxae deditio*, welches Cajus[39]) erklärt durch deditio ipſius corporis, quod deliquerit. In dieſer Bedeutung kommt auch der Ausdruck *noxam dedere* in den Geſetzen vor[40]). 4) Erſatz des Schadens in der Redensart *noxae dare* ſ. *in noxam dedere animal* ſeu *ſervum*[41]), d. h. den Sklaven oder das Thier, anſtatt des Schadenserſatzes, dem Beſchädigten überlaſſen, wie Ulpian[42]) dieſe Redensart erklärt. Endlich 5) die Noxalklage. Hieraus erklärt ſich der Rechtsſatz: *noxa caput ſequitur*[43]), welcher an andern Orten auch ſo ausgedruckt wird: *actio noxalis caput ſequitur*,

36) §. 5. I. *de nox. act.*

37) §. 1. I. *de noxal. act.* *Franc.* HOTOMANNUS in Comm. ad Inſtitut. pag. 482. *Laur.* VALLA de elegant. Ling. Lat. Lib. VI. cap. 36. und SALMASIUS de modo uſurar. cap. 19. pag. 889. verwerfen zwar dieſe Bedeutung ſchlechterdings, und tadeln deswegen den Kr. Juſtinian oder ſeinen Tribonian mit vieler Bitterkeit. Allein in *Car. And.* DUCKERI Opuſc. var. de Latinitate ICtor veter. pag. 10. et 13. findet ſich eine hinlängliche Vertheidigung derſelben. Man ſehe auch *Ev.* OTTONIS Commentar. et not. critic. ad Iuſtin. Inſtitut. Lib. IV. cap. 8. §. 1.

38) *L. 1. D. Si ex nox. cauſa agat. L. 10. L. 27. §. ult. D. de noxal. act.*

39) *L. 1. D. de nox. act.*

40) *L. 1. pr. D. de his, qui effud. vel dejec.*

41) *Pr. I. de noxal. act.*

42) *L. 1. §. 14. D. h. t.*

43) *L. 41. D. de furt. L. 1. §. 12. D. h. t. L. 4. D. Si ex noxali cauſ. L. 1. §. 18. D. Depoſiti.*

tur[44]), d. h. die Noxalklage kann gegen jeden, der zur Zeit der Litiscontestation Eigenthümer des Thiers oder Sklavens ist, angestellt werden[45]). Eben diese Bedeutung liegt zum Grunde, wenn die Gesetze sagen: *servum noxa solutum promittere*[46]), welches soviel heißt, als *servum noxali iudicio subiectum non esse*[47]). Aus diesem allen erklärt sich nun auch, warum die actio de pauperie eine Noxalklage in den Gesetzen genennt wird[48]).

§. 693.

Unterschied zwischen der actio de pauperie und den übrigen wegen eines von fremden Thieren verursachten Schadens zustehenden Klagen.

Wir haben nun hier zuvörderst von den Klagen zu handeln, die wegen eines von fremden Thieren verursachten Schadens Statt finden. Alle diese Klagen kommen zwar darin überein, daß sie auf Schadensersatz gehen. Allein die *actio de pauperie* hat das Unterscheidende, daß der Beklagte sich von dieser Verbindlichkeit dadurch loßmachen kann, daß er das Thier dem Beschädigten anstatt des Schadens-

44) §. 5. *I. de noxal. actionib. L. 20. D. eodem. L. 61. D. de furt.*

45) *L. 1. §. 12. D. h. t.* Caput wird also hier für jede freye Person genommen, welche zur Zeit der angestellten Noxalklage Eigenthümer des Gegenstandes derselben ist. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Caput* nr. 3.

46) *L. ult. D. de rer. permut. L. 72. §. 5. D. de solut. L. 45. §. 1. D. de legat. I. L. 3. D. Si famil. furt. feciſſe dic. L. 11. §. ult. D. de eviction. L. 147. D. de Verb. Signif.*

47) *L. 17. §. 17. D. de aedilit. Edicto.*

48) *Pr. I. h. t. L. 1. §. 14. D. h. t.*

Schadenersatzes überläßt [49]). Diese Wahl steht bey keiner der übrigen Klagen dem Beklagten zu, selbst nicht bey der actio de pastu; obwohl viele [50]) aus unrichtiger Vorstellung von dieser Klage, das Gegentheil behaupten.

§. 694.

Grund der Verantwortlichkeit des Eigenthümers bey der actio de pauperie, und der ihm nachgelassenen noxae deditio.

Daß die Verbindlichkeit zur Vergütung des Schadens, welchen ein unvernünftiges Thier angerichtet hat, für eine unmittelbare zu halten sey, darüber sind jetzt die Rechtsgelehrten [51]) ziemlich einverstanden. Denn die Handlung des unvernünftigen Thiers kann an sich den Grund der Verbindlichkeit unmöglich enthalten, weil nur freye Handlungen als obligatorisch angesehen werden können, und durch die Schuld eines Menschen darf auch der Schade nicht veranlaßt worden seyn, weil sonst die actio Legis Aquiliae, oder sonst eine der oben angegebenen Klagen anzustellen ist. Warum nun aber die Gesetze den Ei-

49) *Pr. I. h. t.* Animalium nomine, quae ratione carent, si qua lascivia, aut fervore, aut feritate pauperiem fecerint: noxalis actio Lege XII. Tabularum prodita est. *Quae animalia, si noxae dedantur, proficiunt reo ad liberationem*: quia ita Lex XII. Tabularum scripta est; utputa si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus, cornu petierit.

50) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 1. in fin. STRUV Syntagm. iur. civ. Exercit. XIV. Th. 3. SCHOEMAN Handb. des Civilrechts 1. B. S. 199. u. 200.

51) S. Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 34. und SEIDENSTICKERS Entwurf eines Systems des Pandectenrechts S. 64. et 65.

genthümer für den von seinem Thiere verursachten Schaden verantwortlich machen, ist eine Frage, die von den Rechtsgelehrten nicht auf gleiche Art beantwortet wird. Einige[52]) erklären sich den Grund dieser Verordnung so, weil es die Römischen Gesetzgeber für billig gehalten hätten, daß der Eigenthümer, welcher den Nutzen von dem Thiere zieht, auch die Beschwerlichkeiten übernehmen müsse, folglich auch den Schaden zu ersetzen schuldig sey, den es thut. Allein dagegen ist nun freylich einzuwenden, daß sich aus jenem Grundsatz nicht füglich erklären lasse, warum nur gerade das damnum contra naturam datum ersetzt werden solle. Andere[53]) haben daher zu den Grundsätzen der stoischen Philosophie ihre Zuflucht genommen. Sie sagen, die Römer hätten nach den Grundsätzen der Stoiker das nur für Unrecht gehalten, was der Natur zuwider ist. Daher hieß *iuste agere* bey ihnen soviel, als *naturae convenienter agere.* Ein Thier habe also Unrecht gethan, wenn es wider seine Natur gehandelt hatte. Quemadmodum enim in homine, sagt Pothier, iniuria est id, quod contra praecepta rationis, qua regi debet, fit; ita in bellua, quae instinctu regitur, iniuriam imitatur damnum, quod contra instinctum suae mansuetae naturae dedit. Allein es läßt sich schwerlich glauben, daß die Verfasser der zwölf Tafelgesetze, welche die actio de pauperie einge-

52) HÜBNER Observatt. Edicto viario Aedilium curul. adspersae. Cap. II. pag. 11. und Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1169.

53) POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. II. not. b. HOMMEL Opusc. iuris univ. Tom. I. pag. 93 — 95. Schmidt Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 5. Band. §. 1222. Nr. 3.

eingeführt haben, aus ſtoiſchen Grundſätzen raiſonnirt haben ſollten [54]). Noch andere [55]) ſtellen den Grundſatz auf: die Philoſophie des Rechts mache den Bürger unbedingt zur Entſchädigung verhaftet, wenn er oder ſein Eigenthum, gleichviel es ſey lebendes oder lebloſes Eigenthum, die unmittelbare Urſache der Beſchädigung ſeines Mitbürgers ſind, um den Zuſtand der Rechtsgleichheit zu erhalten. Allein daß ſich eine ſolche unbedingte Verantwortlichkeit des Eigenthümers, deſſen Sache geſchadet hat, nach den Geſetzen keinesweges annehmen läßt, beweiſen die oben (§. 692.) angeführten Diſtinctionen. Am richtigſten erklärt man den Grund der geſetzlichen Verordnung ſo. Wer ein Thier beſitzt, welches contra naturam zu ſchaden pflegt, ſollte es abſchaffen, oder verwahren, weil Niemand bey einem Rencontre auf dergleichen vorbereitet iſt. Thut er es nicht, ſo iſt er im Zweifel in culpa. So kann der

54) Ulpian giebt uns wenigſtens keine Veranlaſſung ein ſolches Raiſonnement anzunehmen, wenn er *L. 1. pr. et §. 1. D. h. t.* ſagt: Si quadrupes pauperiem feciſſe dicetur, actio ex Lege duodecim Tabularum deſcendit: quae Lex voluit, *aut dari id, quod nocuit, id eſt, id animal, quod noxiam commiſit; aut aeſtimationem noxae offerre.* Noxia autem eſt ipſum delictum. Das Wort *delictum* wird hier zwar vom Viehe gebraucht. Allein es ſoll ja offenbar nichts anders heißen, als eine ſchädliche Handlung. In dieſer Bedeutung wird auch das Wort *delinquere* genommen, daß es ſoviel heißt, als Schaden anrichten. Es wird daher ſelbſt von zufälligen Handlungen gebraucht, wie aus *L. 11. §. 2. D. de poenis* erhellet. Man ſehe *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniani Iuris Epitomar. Libros VI. Commentar. Tom. I. Exercit. I. ad *L. 5. D. de Iuſt. et Iure. §. 16. pag. 42.*

55) S. SCHOEMANS Handb. des Civilrechts. I. B. S. 186. nr. I. ſqq.

rohe Verstand zu den Zeiten der 12 Tafeln sehr gut raisonnirt haben, und hat es auch wirklich gethan, weil das dringende Bedürfniß, und das uncultivirte Billigkeitsgefühl schon von selbst darauf führen [56]). Dieser wahrscheinliche Grund paßte nun aber freylich nicht auf das damnum secundum naturam datum. Daher fiel auch hier die Klage weg.

Warum aber der Eigenthümer des Thiers sich durch die noxae deditio von der Verbindlichkeit zur Entschädigung loßmachen kann, hat darin seinen Grund, daß jeder Eigenthümer seine Sache derelinquiren kann, wenn sie ihm mehr Schaden, als Nutzen bringt. Man hielt es daher für unbillig, dem Eigenthümer diese Befugniß zu versagen, und ihn zu mehr, als dem Werth des schädlichen Thiers, zu verpflichten [57]).

§. 695.

Begriff und Natur der actio de pauperie.

Die actio de pauperie steht nun demjenigen zu, der durch eines Andern Thier einen Schaden auf eine dieser Thiergattung sonst nicht gewöhnliche Art erlitten hat. Ob er diesen Schaden an sich selbst, durch Verletzung seines Körpers [58]), oder an seinem Eigenthume, oder an einer solchen Sache erlitten hat, deren Eigenthümer er zwar nicht ist, wobey er aber doch sonst ein Interesse hat, daß sie

56) S. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 2. Band. 8. Abh. S. 221. ff.

57) HÜBNER Obss. cit. ad Edictum viar. Aedil. curul. Cap. II. pag. 11. und Höpfner im Commentar §. 1169.

58) *L. 3. D. h. t.*

ſie nicht beſchädiget werde, weil er dafür haften muß, iſt gleichviel [59]). Sie ſteht alſo nicht nur dem Eigenthümer der beſchädigten Sache zu, ſondern auch demjenigen, welchem die Sache von dem Eigenthümer geliehen, oder vermiethet worden iſt; ingleichen deſſen Erben und übrigen Nachfolgern [60]). Als Schadloshaltungsklage iſt ſie zwar an ſich perſönlich, ſie kann aber doch gegen jeden Beſitzer des Thiers, welcher zur Zeit der erhobenen Klage Eigenthümer deſſelben iſt, angeſtellet werden, wenn er es auch zur Zeit des angerichteten Schadens noch nicht war [61]). Sie iſt daher eine actio in rem ſcripta nach dem Princip *noxa caput ſequitur.* (S. 285.) Gehört das Thier jetzt Mehreren zu, ſo kann gegen einen jeden in ſolidum geklagt werden [62]). Iſt jedoch von einem der Erſatz vollkommen geleiſtet, ſo ſind die übrigen von allem weitern Anſpruche frey [63]). Es kann auch derjenige belangt werden, welcher ſich argliſtig für den Herrn des Thiers ausgegeben, (qui liti ſe obtulit) oder ſolches aus Gefährde, um die Klage zu vereiteln, zu beſitzen aufgehört hat [64]). Denn die Regel: *Qui dolo poſſidere deſiit, pro poſſeſſore habendus* eſt [65]),

59) *L. 2. pr. D. eodem.*

60) *L. 1. §. ult. D. h. t.*

61) *L. 1. §. 12. D. h. t.*

62) *L. 1. §. 14. D. h. t.*

63) VOET in Comm. h. t. §. 7. Dem Zahlenden bleibt jedoch der Regreß gegen die übrigen Miteigenthümer unbenommen. STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. XIV. Theſ. 11.

64) *L. 7. D. de interrogat. in iure faciend.* VOET c. l.

65) *L. 131. D. de Reg. iur.*

findet auch vorzüglich bey Noxalklagen Statt [66]). In diesem Falle hat jedoch der Beschädigte die Wahl, ob er den vorigen Eigenthümer, der noch jetzt als fictus possessor haftet, oder den neuen Eigenthümer in Anspruch nehmen will [67]). Es versteht sich jedoch, daß der fictus possessor blos zum Schadensersatz verurtheilt werden kann, weil unter diesen Umständen die noxae deditio wegfällt [68]). Haben Mehrere das Thier besessen, und solches arglistig zu besitzen aufgehört, so hat auch hier der Kläger die Wahl, wen er von denselben allein belangen will; jedoch befreyet die Bezahlung des einen die übrigen [69]).

Das Gesuch dieser Klage ist allein auf Entschädigung des Klägers, nicht aber auf Abtretung des Thiers zu richten. Letztere ist nur ein Mittel für den Beklagten, wodurch er den Schadensersatz von sich abwenden kann, welches denn also auch seiner freyen Wahl überlassen werden muß [70]).

Viele,

66) *L. 12. L. 21. pr. L. 22. §. ult. L. 24. L. 26. §. 1. L. 39. pr. D. de nox. act.*

67) *L. 24. L. 25. et L. 26. pr. D. de noxal. act.* VOET h. t. §. 7.

68) Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen, 5 Th. §. 1224.

69) *L. 26. §. 1. D. de noxal. act.*

70) BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. XI. §. 27. *Petr. de* TOULLIEU Collectan. iuris civ. Dissertat. XII. §. 15. pag. 341. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. Schmidt in dem angef. Commentar 5. Th. §. 1225. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4014. nr. IV. Höpfner im Commentar über die Institut. §. 1169. Not. 1. u. THIBAUT im Syst. des Pandectenrechts 2. B. §. 979.

Viele[71]), denen auch Hellfeld beyſtimmt, meinen zwar, das Geſuch ſey alternativiſch einzurichten, nämlich zu erkennen, daß Beklagter dem Kläger entweder den ihm von ſeinem Thiere angerichteten Schaden zu erſetzen, oder das Thier, anſtatt des Schadenserſatzes, zu überlaſſen ſchuldig ſey. Allein dies iſt nicht geſetzmäßig. Zwar ſagt Ulpian *L.* 1. §. 11. *D. h. t.* reum actori aut noxam ſarcire, aut animal in noxam dedere oportere Allein eben dieſer Ulpian hat ſich auch an einem andern Orte deutlich genug darüber erklärt, wie das zu verſtehen ſey. Er ſagt nämlich *L.* 6. §. 1. *D. de re iudicata.* Decem, aut *noxae dedere* condemnatus, iudicati in decem tenetur: *facultatem enim noxae dedendae ex Lege accipit.* At is, qui ſtipulatus eſt, decem aut noxae dedere, non potest decem petere: quia in ſtipulatione ſingula per ſe veniunt, eaque ſingula ſeparatim ſtipulari poſſumus. At iudicium ſolius noxae deditionis nullum eſt, *ſed pecuniariam condemnationem ſequitur*, et ideo iudicati decem agitur. His enim ſolis condemnatur. *Noxae deditio in ſolutione eſt, quae e Lege tribuitur.*

Nach der Subtilität des Römiſchen Rechts iſt die actio de pauperie von zweyerley Art, *directa*, wenn das Thier, welches auf eine ſeiner Gattung nicht gewöhnliche Art geſchadet hat, ein vierfüßiges Thier iſt, und actio *utilis*, wenn es ein zweyfüßiges Thier iſt[72]).

Jene

71) VOET h. t. §. 8. *Mich. God.* WERNHER Lectiſſ. Commentatt. ad Pand. P. I. h. t. §. 6. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 446. p. 238. u. a. m.

72) *L.* 4. *D. h. t.* Der Ausdruck *Quadrupes* wird hier nicht in dem eingeſchränkten Sinn des Aquiliſchen Geſetzes genommen,

L. 2.

Jene Klage wird auch *actio quadrupedaria* genennt [73]). Ob übrigens das Thier den Schaden unmittelbar oder mittelbar angerichtet hat, z. B. wenn Pferde wild werden, und durch den umgeworfenen Wagen Jemanden beschädigen, ist gleichviel. Ulpian sagt ausdrücklich *L.* 1. §. 9. *D. h. t.* Sive autem corpore suo pauperiem quadrupes dedit, sive per aliam rem, quam tetigit quadrupes: haec actio locum habebit: utputa si plaustro bos obtrivit aliquem, vel alia re dejecta.

Wenn Hellfeld am Ende dieses Paragraphen noch die Bemerkung macht: *Caeterum actio de pauperie non est extendenda ad damnum a furioso datum, quamvis adversus negligentes in custodiendo detur actio ex lege Aquilia*; so kann ich nicht läugnen, daß mir diese Bemerkung immer etwas sonderbar vorgekommen ist, so oft ich in meinen Vorlesungen darauf gekommen bin; weil ich es nicht für möglich gehalten habe, daß ein Jurist auf den Einfall gerathen könnte, im Ernst zu behaupten, daß wegen eines von einem Rasenden angerichteten Schadens mit der actio de pauperie utilis Ersatz gefordert werden könne. Es ist mir zwar wohl bekannt, daß man darüber streitet, ob nicht ein

L. 2. §. 2. *D. ad Leg. Aquil.* sondern blos im Gegensatz von *bipes.* Daher sagt nicht nur Ulpian *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* Quae actio *ad omnes quadrupedes* pertinet; sondern er begreift auch die Hunde ausdrücklich mit darunter, *L.* 1. §. 5. *D. h. t.* welche doch die *Lex Aquilia* davon ausschließt, und sie zu den bestiis rechnet. *L.* 2. §. 2. *D. de L. Aquil.* S. HÜBNER Obss. cit. ad Edictum viar. Cap. III. pag. 17. sq.

73) S. *Christ. Henr.* BREUNING Quaestio iur. controv. de actione quadrupedaria ex Romano germanico et patrio iure. *Lipsiae 1772.*

ein ſolcher Schaden aus dem Vermögen des Raſenden erſetzt werden müſſe. Mehrere auch ſelbſt neuere Rechtsgelehrten [74]) behaupten dieſes wirklich. Allein eine actio de pauperie utilis war doch keinem bisher eingefallen, ſondern man glaubte, daß deshalb dem Beſchädigten die actio in factum zuſtehe [75]). Mit einem Worte, ich hielt die ganze Bemerkung des Verfaſſers für höchſt überflüſſig und lächerlich. Ich nehme aber nunmehr mein Urtheil, als übereilt, feyerlichſt zurück, nachdem nun wirklich in unſern Tagen, in welchen ſich ſo Manches, was vorher unglaublich, ja unmöglich ſchien, zum Erſtaunen ereignet, endlich auch die Meinung zum Vorſchein gekommen iſt, daß die Forderung wegen eines von einem raſenden Menſchen erlittenen Schadens mit der actio de pauperie utilis ohne Bedenken durchgeſetzt werden könne [76]). Da unſer Verfaſſer dieſer Meinung in einem prophetiſchen Geiſte widerſprochen hat, ſo verdienen die Gründe derſelben etwas genauer erwogen zu werden. Erſtlich ſoll ein ſolcher Schade unſtreitig für eine *pauperies* zu halten ſeyn. Denn nach Ulpians Begriffe [77]) werde darunter überhaupt ein dam-

num

74) Die Vertheidiger dieſer Meinung ſind bey einer andern Gelegenheit im 1. Th. dieſes Commentars §. 7. S. 67. Not. 20. angeführt worden, denen ich nur noch BOEHMER in iure Dig. h. t. § 2. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 3. und Schmidt in Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. B. §. 1204. beyfüge.

75) SCHAUMBURG a. a. O. ſagt ausdrücklich: *Ad damnum vero ab homine datum plane non pertinet*, (ſc. actio de pauperie) *nec niſi inepte ad furioſum applicatur, ex cuius bonis damnum, ſi quod dedit, actione in factum conſequimur.*

76) S. SCHOEMANS Handb. des Civilrechts I. Band. S. 202—204.

77) *L. 1. §. 3. D. h. t.*

num sine iniuria facientis datum verstanden. Zweytens scheine die *L.* 4. *D. h. t.* hierüber gar keinen Zweifel zurückzulassen, wenn es daselbst heißt: *Haec actio* (de pauperie) *utilis* competit, si non quadrupes, sed aliud animal damnum dedit. Warum sollte man einen furiosus, so lange er furiosus ist, nicht ein *animal*, *quod sensu caret* nennen? da **Ulpian** in *L.* 5. §. 2. *D. ad Leg. Aquil.* den furiosus einem quadrupes, d. h. einem unvernünftigen Thiere gleichstellt! Die Ehre der Neuheit kann man diesen Gründen nicht absprechen. In wiefern sie aber auch auf das Gewicht der Ueberzeugung Anspruch machen können, muß ich dem rechtlichen Gefühle eines Jeden überlassen. Für meine rechtliche Ueberzeugung haben sie wenigstens kein Gewicht. Ich will jetzt gar nicht wiederholen, was ich zur Widerlegung jener Behauptung, daß der durch einen Rasenden verursachte Schaden aus dem Vermögen desselben ersetzt werden müsse, schon an einem andern Orte dieses Commentars [78]) gesagt habe, nachdem zumal Herr Hofrath **Thibaut** [79]) den Ungrund derselben nochmals so deutlich vor Augen gelegt hat, daß gar kein Zweifel übrig bleibt. Ich will mich jetzt blos darauf einschränken, ob diese Behauptung etwa durch die von der actio de pauperie utilis hergenommene Analogie eine neue Stütze erhalten hat, und zwar eine solche, wodurch sie jetzt über alle Zweifel erhoben worden sey. Dies ist es nun aber gerade, woran ich nach meiner juristischen Ueberzeugung zweifeln muß. Ich will gar nicht erwähnen, daß die actio de pauperie auf den angegebenen Fall schon darum,

78) 1. Th. S. 67. ff.

79) In den angef. Versuchen 2. B. 8. Abh. S. 210. ff.

um, ihrer Natur nach, gar nicht paßt, weil ſie als eine Noxalklage, wofür ſie Juſtinian [80]) und Ulpian [81]) erklären, immer vorausſetzt, daß der Schaden durch eine res alieni iuris geſchehen ſeyn muß [82]), und daher gegen den Eigenthümer der Sache anzuſtellen iſt; ſondern nur das will ich zu bedenken geben, daß alle Klage wegfällt, wenn der Schaden durch eine unwillkührliche, blos zufällige Handlung des Thiers geſchehen iſt [83]). Nun erklären ja aber die Geſetze ausdrücklich den von einem Raſenden verurſachten Schaden für zufällig. Man leſe nur die *L. ult. D. de adminiſtr. et peric. tutor.* wo es am Ende mit dürren Worten heißt: impune autem puto admittendum, quod *per furorem alicuius* accidit, *quomodo ſi caſu aliquo, ſine facto perſonae, id accidiſſet.* Es ergiebt ſich hieraus zugleich, daß der durch einen Raſenden unwillkührlich verurſachte Schaden auf keine Weiſe für eine *pauperies* gehalten werden kann. Denn nicht zu gedenken, daß der Ausdruck *pauperies* nie anders, als von Thieren gebraucht wird, wie das Zeugniß des Feſtus auſſer allem Zweifel ſetzt, welcher ſagt: *Pauperies* damnum dicitur, quod *quadrupes* facit; und daß Ulpian bey ſeinem Begriffe von *pauperies*, als einem damnum ſine iniuria facientis datum, gewiß an keinen furiosus dachte, erhellet theils daraus, weil er hier mit Erklärung des Edicts: *Si quadrupes pauperiem*

80) *Pr. I. h. t.*

81) *L. 1. §. 14. D. h. t.*

82) VOET in Comm. Lib. IX. Tit. 4. §. 1. und *Aug. von dem* BUSCHE Diſſ. dominum ex facto animalis praeter culpam non obligari. Cap. II. §. 32.

83) *L. 52. §. 2. in fin. D. ad Leg. Aquiliam.*

periem feciſſe dicetur beſchäftiget iſt, theils aus der eigenen Erläuterung ſeines Begriffes: *nec enim*, ſagt er, *poteſt animal iniuria feciſſe*, *quod ſenſu* d. i. ratione, wie es Noodt [84]) ganz richtig erklärt, *caret*; von dem allen abgeſehen, ſo iſt ja Jedem bekannt, daß die *actio de pauperie* nur dann begründet ſey, wenn der Schade, den das Thier angerichtet hat, ohne eines Menſchen Schuld, *contra naturam ſui generis* geſchehen iſt, d. h. wenn ein zahmes Thier durch Wildheit, oder wie Ulpian [85]) ſagt, commota feritate, geſchadet hat, und daß ſie daher bey ſolchen Beſtien wegfällt, quorum genitalis eſt feritas. Wie läßt ſich nun dieſe zur Begründung der Klage weſentliche Beſtimmung auf die Handlung eines Raſenden übertragen? Im Gegentheil, wenn ja eine Vergleichung Statt haben könnte, ließ ſich eher ſagen, der Raſende habe, wenn er auch Schaden angerichtet hat, ſecundum naturam, d. h. dem Zuſtande eines Raſenden gemäß, und folglich unwillkührlich gehandelt. Es würde alſo ſelbſt nach dieſer Analogie die Klage wegfallen müſſen. Sollte denn aber etwa Ulpian im Ernſt furiosos und quadrupedes in eine Claſſe geſetzt, und daher die Statthaftigkeit der actio de pauperie utilis bey den Handlungen eines Raſenden, wodurch er Schaden angerichtet hat, nach der *L.* 4. *D. h. t.* wirklich gar keinen Zweifel haben? Ich glaube, Ulpian dachte an eine ſolche Analogie auch nicht entfernt, und würde erſtaunen, wie ein Prieſter der Gerechtigkeit, wofür er uns Juriſten hält, ihm eine ſolche Meinung habe aufbürden können. Ulpian ſagt in der *L.* 5. §. 2. *D. ad Leg. Aquil.*

84) Comment. ad Dig. h. t. Tom. II. pag. 225.

85) *L.* 1. §. 4. *D. h. t.*

Aquil. auch: *Sed et ſi infans damnum dederit, idem erit dicendum.* Alſo würde ja die actio de pauperie utilis auch bey Kindern ſtatt haben, wenn ſie, ohne eines Andern Schuld, Schaden anrichten? Wer hat je ſo etwas behauptet? Mit Recht ſagt daher **Stryk** [86]): *Non extendenda eſt ratio Ulpiani ultra caſum expreſſum, et comparatio in d. L. 5. §. 2. tantum eo tendit, ut utrobique, ſive a beſtia, ſive a furioſo damnum datum, excludatur actio Legis Aquiliae, ob ceſſantem culpam.*

§. 696.

Fälle, in welchen die dem Beklagten zuſtehende Wahl wegfällt.

Die bey der actio de pauperie dem Beklagten zuſtehende Wahl zwiſchen Schadenserſatz und Ueberlaſſung des Thiers fällt weg,

1) wenn der Beklagte fälſchlich geläugnet hat, daß ihm das Thier gehöre. Hier muß er zur Strafe ſeines Läugnens den Schaden ſchlechterdings erſetzen [87]). Eine Verurtheilung auf das Duplum findet jedoch deswegen nicht Statt [88]).

2) Wenn das Thier nach erfolgter Litiscontestation umkommt. Auch hier muß der Beklagte den Schaden ſchlechterdings erſetzen, weil ihm die Unmöglichkeit, das Thier nun, ſtatt des Schadenserſatzes, abzutreten, zur Laſt

86) Uſ. mod. Pand. h. t. §. 1.

87) *L. 1. §. 15. D. h. t.*

88) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21.

Last gelegt wird [89]). Hat jedoch ein Dritter das Thier getödet, so kann sich der Beklagte vom Schadensersatz dadurch loßmachen, daß er die ihm gegen den Dritten zustehende *actio Legis Aquiliae* dem Beschädigten cedirt [90]). Kommt das Thier vor der Litiscontestation um, so findet keine Klage mehr Statt [91]), wenn gleich der Beklagte bey dem Tode des Thiers nicht ausser Schuld seyn sollte, wenn ihm nur kein Dolus, oder, in Absicht auf die Litiscontestation, keine mora zur Last fällt [92]).

3) Wenn sich der Beklagte fälschlich für den Besitzer des Thiers ausgegeben, oder das Thier dolose zu besitzen aufgehört hat. Die noxae deditio fällt hier von selbst weg, also muß auch in diesem Falle der Schade schlechterdings ersetzt werden [93]). Unser Hellfeld rechnet auch

4) den

89) *L. 21. pr. D. de noxal. action.* S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. Band §. 1225. Nr. II. S. 90.

90) *L. 1. §. 16. D. h. t.* Si post litem contestatam ab alio sit animal occisum, quia domino Legis Aquiliae actio competit, ratio in judicio habebitur legis Aquiliae, quia dominus noxae dedendae facultatem amiserit. Ergo ex iudicio proposito litis aestimationem offeret, nisi paratus fuerit actionem mandare adversus eum, qui occidit.

91) *L. 1. §. 13. D. h. t.* STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 8.

92) *L. 21. pr. L. 26. §. 4. D. de noxal. action.* S. STRUVII Synt. iur. civ. Exercit. XIV. Th. 17. Anderer Meinung ist zwar *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 4. Allein man sehe EMMINGHAUS ad *Coccejum.* Lib. VI. Tit. I. Qu. 5. not. w. Tom. I. pag. 499. sq.

93) *L. 7. D. de interrogat. in iure. L. 12. et L. 24. D. de noxal. act.* STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XIV. Th. 12.

4) den Fall hierher, wenn ein freyer Menſch durch das Thier getödet worden iſt. Hier iſt Schadenserſatz unmöglich; quia liberum corpus non recipit aeſtimationem [94]). Er behauptet daher mit Schilter [95]), es finde noxae deditio Statt. Allein mit Recht behauptet Struv [96]) das Gegentheil. Denn Ulpian [97]) ſagt ausdrücklich: Quod in corpore libero damni datur, *iure hereditario tranſire ad ſucceſſores non debet, quaſi non ſit damnum pecuniarium.* Nur wegen der aufgewendeten Curkoſten würde dem Erben die Klage nicht verſagt werden können [98]). Denn dieſerwegen hätte der Verſtorbene ſelbſt klagen können [99]), die actio de pauperie geht aber auf die Erben des Beſchädigten über [100]). Iſt ein freyer Menſch durch das Thier körperlich beſchädiget worden, ſo geht die Klage auf Erſatz der Curkoſten, und desjenigen Schadens, den er nicht nur durch die Verſäumniß in ſeinen Geſchäften erlitten hat, ſondern auch noch in der Folge dadurch leidet, daß er wegen der erlittenen Verletzung zur Arbeit untauglich geworden iſt [1]).

5) Nach Sachſenrechte muß der von einem Thiere angerichtete Schaden ſchlechterdings erſetzt werden, wenn nicht

94) *L. 3. D. h. t.*

95) Prax. iur. Rom. Exercit. XIX. §. 11 — 13.

96) Exerc. cit. XIV. Th. 14.

97) *L. 5. §. 5. D. de his, qui effud. vel dejecerint.*

98) E. MÜLLER ad *Struvium* c. l. not. δ. pag. 863.

99) *L. 3. D. h. t.*

100) *L. 1. §. ult. D. eodem.*

1) *L. 3. D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20. VOET h. t. §. 8.

nicht der Eigenthümer, sobald er den Schaden erfahren hat, das Thier derelinquirt [2]). Außerhalb Sachsen ist jedoch von diesem Rechte kein Gebrauch zu machen; vielmehr läßt sich mit Grund behaupten, daß die Abtretung des Thiers zum Ersatz des Schadens auch noch heutzutage Statt habe [3]).

§. 697.

Pfändung schädlicher Thiere.

In Deutschland gilt noch ein anderes Mittel, dessen man sich gegen den Schaden bedienen kann, welchen man von fremden Thieren erlitten hat. Dies ist die Pfändung schädlicher Thiere (*pignoratio* s. *inclusio animalium*) [4]). Man versteht darunter diejenige Handlung, da man sich der fremden Thiere, welche uns Schaden zugefügt haben, sofern man sie noch auf seinem Eigenthume antrifft, bemächtiget, und selbige in Besitz nimmt, um daran bis zur Vergütung des Schadens ein Retentionsrecht auszuüben. Nach dem Römischen Rechte ist diese Pfändung, als eine Art von Selbsthülfe, nicht erlaubt. Pomponius läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L.* 39. §. 1.

2) Sächs. Landrecht 2. B. Art. 40. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 14. Th. 3. not. 7. und WERNHER Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 56.

3) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 4. et 5. und Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1171.

4) *Car. Ferd.* HOMMEL Diss. de pignoratione et custodia animalium pauperiem facientium. *Lipsiae* 1774. (Eine Epitome derselben befindet sich in dessen Rhapsod. Quaestion. for. Vol. IV. Obs. 584.) und Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 2. Band §. 222. b.

§. 1. *D. ad Leg. Aquil.* ſagt: Quamvis alienum pecus in agro ſuo quis deprehendiſſet, ſic illud expellere debet, quomodo ſi ſuum deprehendiſſet, quoniam, ſi quid ex ea re damnum cepit, habet proprias actiones. Itaque qui pecus alienum in agro ſuo deprehenderit, *non iure id includit*, nec agere illud aliter debet, quam quaſi ſuum, ſed vel abigere debet ſine damno, vel admonere dominum, ut ſuum recipiat [5]). Nur der Fall iſt auszunehmen, da man den Eigenthümer eines uns ſchädlich gewordenen Thiers nicht kennt. Hier erlaubt ſelbſt das Römiſche Recht das einſtweilige Anhalten des Thiers, bis man den unbekannten Eigenthümer entdeckt hat [6]). In Deutſchland hingegen iſt die Pfändung ſchädlicher Thiere als ein erlaubtes Mittel der Selbſthülfe von jeher vertheidiget worden, und hat ſich auch gegen die Vorſchriften des Römiſchen Rechts bis auf den heutigen Tag als allgemein gültig erhalten [7]). Sie ſetzt jedoch, wenn ſie zuläſſig ſeyn ſoll, folgende Erforderniſſe voraus.

1) Die Pfändung iſt an dem Orte vorzunehmen, wo der Schade geſchehen iſt, (in re praeſenti.) An einem dritten Orte kann ſie nur dann erlaubter Weiſe geſchehen, wenn der Pfänder in dem Act der Verfolgung noch begriffen iſt, und dieſer Ort ebenfalls demſelben zu-

 gehört.

5) Mehrere behaupten gleichwohl das Gegentheil, beſonders FELTMANN in Tr. de incluſione animalium. Cap. II. § 14. et 15. und de COCCEJI in iur. civ. contr. h. t. Qu. 2. Man ſehe jedoch HOMMEL Diſſ. cit. Cap. 2.

6) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 3. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXI. med. 1.

7) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 15. LEYSER cit. loc. medit. 2.

gehört [8]). Dahingegen ist die Pfändung auf einem fremden Grundstück nicht erlaubt [9]).

2) Sie muß auf frischer That (in continenti) geschehen, es wäre denn, daß die Aecker desjenigen, welcher den Schaden erlitten hat, an das Grundstück des Eigenthümers, dessen Vieh den Schaden zugefügt hat, angränzten, oder diese Grundstücke vermischt unter einander lägen. Dann braucht die Pfändung nicht gerade bey der ersten Uebertrift zu geschehen, sondern sie kann auch noch beym Rückzuge der Heerde vorgenommen werden [10]).

3) Es muß dabey jeder unzweckmäßige Exceß sorgfältig vermieden werden, weil die Pfändung nur des Schutzes wegen erlaubt ist. Der Pfänder muß sich daher alles Schlagens und Scheltens, wie auch aller Verletzung oder Tödung des gepfändeten Viehes enthalten, wofern er sich nicht straffällig machen will [11]).

4) Nach geschehener Pfändung muß dem ordentlichen Richter baldmöglichst von dem ganzen Vorgange genaue Anzeige

8) STRYK Diss. de iure pignorandi. *Francof.* 1690. Cap. IV. nr. 17. 18. et 19.

9) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IX. Specim. DXCV. meditat. 7. et 8. HOMMEL Diss. cit. de pignorat. et custodia animal. pauperiem fac. Cap. VII. §. 6.

10) S. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. 3. S. 19.

11) LEYSER Specim. CXI. medit. 11. Danz Handbuch des heutigen deutsch. Privatrechts 2. B. §. 222 b. S. 361. und Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 2. Band Nr. XVIII. S. 196. ff.

Anzeige gemacht werden[12]). Daß jedoch das Pfand dem Richter überliefert werden müſſe, wie unſer Verfaſſer und mit ihm mehrere[13]) behaupten wollen, iſt nicht erforderlich, wofern es nicht die Landesgeſetze verordnen, und zu dieſem Zwecke richterliche Pfandſtälle vorhanden ſind. Auſſerdem kann der Pfänder die Thiere in eigener Gewahrſam behalten[14]). Iſt das Vieh durch eines andern Schuld auf das fremde Grundſtück getrieben worden, z. B. durch den Hirten; ſo haftet dieſer zunächſt für den Schaden, mit der actio Legis Aquiliae. Der Eigenthümer kann nur in ſubſidium belangt werden, wenn der Hirt den Schaden nicht vergüten kann[15]). Uebrigens nimmt man bey Schätzung des Schadens auf die Zeit Rückſicht, da der Schade geſchehen iſt, und was damals die verdorbene Sache werth geweſen. Iſt Getraide durch das Vieh ruinirt worden, ſo wird der Schade durch Landwirthſchaftsverſtändige taxirt, und dabey auf die künftige Aerndte geſehen, die dem Kläger dadurch entzogen worden iſt[16]).

12) Danz a. a. O. S. 362.

13) LEYSER Specim. CXI. Corol. 3. WERNHER lectiſſ. Commentat. in Pandect. P. I. h. t. §. 3. pag. 363. u. a. m.

14) Strubens rechtl. Bedenken 2. Th. Bed. 61. Danz Handbuch des deutſchen Privatrechts 2. B. §. 222 b. S. 362. und Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen. §. 1173. Not. 3.

15) S. HOMMEL Rhapſod. quaeſtion. for. Vol. V. Obſ. 633.

16) S. Schmidts Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von Klagen. 5. Th. §. 1227.

Lib. IX. Tit. II.

Ad Legem Aquiliam.

§. 698.

Was ist ein damnum iniuria datum? Zeitalter des Aquilischen Gesetzes.

Ein Schaden kann ferner auch von einem vernünftigen freyen Sinnenwesen durch widerrechtliche Verletzung einer dem Andern zugehörigen Sache zugefügt werden. Ein solcher rechtswidriger Schade, insofern die Handlung, wodurch er entstanden ist, kein anderes namentlich bezeichnetes Verbrechen ausmacht, wird *damnum iniuria datum* genennt, und kann entweder in einer bloßen Beschädigung, oder in einer gänzlichen Vernichtung der Sache bestehen [17]). Er setzt immer eine rechtswidrige Handlung voraus, die Handlung mag dolos oder culpos seyn. Auf eine bestimmte Absicht kommt es hingegen bey dieser Beschädigung nicht an, sie mag aus Rachsucht, im Zorn, oder aus bloßem Muthwillen, oder aus bloßer Unvorsichtigkeit geschehen seyn. Denn hier ist von keiner Ehrenverletzung die Rede, wie sonst das Wort *Iniuria* genommen wird; sondern es wird hier jede widerrechtliche Handlung, wodurch Jemand die Sache eines Andern beschädigte, das Versehen mag auch noch so gering seyn, *iniuria*

17) S. Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 310. S. 268. der 4. Auflage.

iniuria genennt. Es verdient hier folgende Stelle bemerkt zu werden. Ulpian ſagt *L.* 5. §. 1. *D. h. t.*

I*niuriam* autem hic accipere nos oportet, non quemadmodum circa injuriarum actionem, contumeliam quandam; *ſed quod non iure factum eſt*, hoc eſt, *contra ius*, id eſt, ſi *culpa* quis occiderit, et ideo interdum utraque actio concurrit, et Legis Aquiliae et injuriarum. Sed duae erunt aeſtimationes, alia damni alia contumeliae. Igitur *injuriam* hic damnum accipiemus culpa datum, etiam ab eo, qui nocere noluit.

Ob zwiſchen dem Beſchädiger und dem Beſchädigten in Anſehung der beſchädigten Sache eine frühere obligatio beſtand, oder nicht, macht keinen Unterſchied, darauf aber kommt es an, ob ein poſitives Factum des Andern, oder ein bloßes Unterlaſſen die unmittelbare Urſache der widerrechtlichen Beſchädigung war. Nur die poſitive ſchädliche Thätigkeit, im Gegenſatz von ſchädlichen Unterlaſſungen, beſtimmt den weſentlichen Character von einem *damnum iniuria datum*, welches die *Lex Aquilia* vindicirt [18]).

18) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. und vorzüglich SCHOEMAN im Handbuch des Civilrechts I. B. S. 204. ff. Ueberhaupt aber ſind über die LEX AQUILIA folgende Schriften zu bemerken: *Franc.* BALDUINUS de Lege Aquilia. (in HEINECCII *Iurisprud. Rom. et Attic.* Tom. I. pag. 239. und in EIUS *Commentariis ad Leges de iure civili, cum praefat.* GUNDLINGII, *Halae* 1730. 8. edit. pag. 156. ſqq.) *Io.* SUAREZ *de* MENDOZA Commentar. ad Leg. Aquiliam. (in *Ger.* MEERMANI *Theſ. iur. civ. et canon.* T. II. pag. 1. ſqq.) *Ger.* NOODT ad Leg. Aquiliam liber ſing. (in *Operib.* T. I. pag. 137. ſqq.) und Egid von Löhr Theorie der Culpa. (Gießen 1806. 8.) 2. Abſchn. S. 81 — 132.

Schon vor dem Aquilischen Gesetz war zwar, sowohl in den 12 Tafeln, als durch andere Gesetze, über dieses damnum Verschiedenes verordnet worden; allein es fehlen uns, bis auf einige wenige Bruchstücke, von diesen ältern Verordnungen, die Nachrichten gänzlich, weil alle diese Gesetze, wie Ulpian [19]) meldet, durch die Lex Aquilia abgeschafft worden sind. Nur einige, welche von einzelnen Arten des damni iniuria dati handelten, scheinen sich im Gebrauche erhalten zu haben. Denn so sagt Ulpian [20]), daß wegen der heimlich geschehenen boshaften Beschädigung der Bäume sowohl die Klage aus dem Aquilischen Gesetz, als die *actio arborum furtim caesarum* aus den zwölf Tafeln Statt habe. Eben so konnte wegen der noxia servi alieni sowohl aus den 12 Tafeln, als aus dem Aquilischen Gesetz geklagt werden [21]). Vielleicht war, wie Råvard [22]) glaubt, in den ältern Gesetzen noch keine Strafe bestimmt, dergleichen die *Lex Aquilia* festsetzte, wodurch das damnum iniuria datum für ein Privatdelict erklärt wurde. Ueber den Ursprung des Aquilischen Gesetzes haben uns die Römischen Juristen wenig Nachrichten hinterlassen. Ulpian [23]) sagt bloß: Quae *Lex Aquilia* plebiscitum est: cum eam *Aquilius* Tribunus plebis a plebe rogaverit. Allein es

19) *L. 1. pr. D. h. t.*

20) *L. 1. D. Arbor. furtim caesar.* VOET h. t. §. 2. Hieraus erhält auch *L. 43. D. h. t.* und *L. 32. D. de obligat. et act.* ihr Licht. S. *Em.* MERILLII Observation. Lib. IV. cap. 33.

21) *L. 2. §. 1. D. de noxal. act. L. 56. D. de obligat. et actionib.*

22) Ad Leges XII. Tabular. lib. sing. Cap. 24. (in Operib. *Lugduni 1623.* 8. Tom. I. pag. 90.)

23) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

es gab zu den Zeiten des römischen Freystaats mehrere Tribunen des Namens Aquilius. Soviel ist gewiß, Publius Aquilius Gallus [24]), welcher im Jahr 699. der E. R. Tribunus plebis war, kann der Urheber des Gesetzes nicht seyn. Hierin irrt Anton Perez [25]). Denn Brutus und Q. Mucius, welche früher lebten, haben schon über die *Lex Aquilia* commentirt, wie aus *L.* 27. §. 22. und *L.* 31. §. 39. *D. h. t.* erhellet. Joh. Suarez de Mandoza [26]) schreibt das Gesetz dem Marcus Aquilius zu, der im Jahr 625. Consul war, und einige Jahre vorher Tribunus plebis gewesen seyn soll. Die meisten [27]) halten den Tribun L. Aquilius Gallus für den Urheber, und setzen es in das Jahr 573. Allein ohne den mindesten Grund. Richtiger giebt Theophilus in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen [28]) das Zeitalter des Aquilischen

24) DIO CASSIUS Libr. 39. und VALER. MAXIMUS Lib. VIII. cap. 2. gedenken dieses Tribuns.

25) Praelection. in Cod. Lib. III. Tit. 35. nr. 2.

26) Commentar. ad Legem Aquiliam in Apparat. Cap. 1. (in *Ger.* MEERMANI *Novo Thes. iur. civ. et canon.* Tom. II. pag. 9.)

27) PIGHIUS Annal. Pop. Rom. Tom. II. p. 330. BACH Histor. iurisprud. Rom. Lib. II. cap. 2. Sect. 1. §. 37. pag. 155. Diesen stimmt auch Hellfeld bey.

28) Lib. IV. Tit. 3. §. 15. nach der Reitzischen Ausgabe Tom. II. pag. 765. da heißt es: Ὁ γὰρ Ρωμαικὸς χυδαῖος δῆμος, κατὰ τὸν καιρὸν τῆς διαςάσεως τὸ χυδαίου δήμυ καὶ τῆς συγκλήτυ, τοῦ Ακουιλίυ (δήμαρχος ἔτος ἦν) τὸν παρόντα νόμον τιθέντος, ἠρκέσθη τῷ plurimi ῥήματι ἐν τῷ πρώτῳ κεφαλαίῳ. i. e. *Plebs enim Romana, tempore discordiae inter plebem ac Senatum, Aquilio (Tribunus plebis hic erat) praesentem Legem*

schen Gesetzes an, wenn er sagt, es sey gerade zu der Zeit gegeben worden, als die letzte Spaltung zwischen dem Senate und dem Volke durch die dritte Secession auf den Janiculus erfolgte, also ums Jahr 467. der Erb. Roms [29]).

§. 699.

Welche Rechtsverhältntsse umfaßt das Aquilische Gesetz?

Die Lex Aquilia vindicirt nun also jede widerrechtliche Handlung, wodurch Jemand die körperliche Sache eines Andern beschädiget hat, und auch das geringste Versehen, dessen er sich dabey schuldig machte, begründet den Begriff eines *damni iniuria dati*, sobald durch dasselbe der Schade wirklich entstand. Dies ist der Sinn der wichtigen Stelle [30]), in welcher **Ulpian** sagt: *In Lege Aquilia et levissima culpa venit.* Eine Hauptfrage, welche hier eine genaue Erörterung verdient, ist es demnach: welche Rechtsverhältnisse umfaßt das Aquilische Gesetz? blos außervertragliche, oder auch Vertragsverhältnisse? Das Erstere behaupten die mehresten ältern Rechtsgelehrten [31]), denen

Legem ferente, contenta fuit verbo PLURIMI *in capite primo.* Hotoman und Otto haben zwar in ihren Commentaren über die Institutionen dem Theophilus darüber manche Vorwürfe gemacht. Allein Reitz hat ihn dagegen sehr gut vertheidiget.

29) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 122. der 2. Aufl.

30) *L. 44. D. h. t.*

31) STRUV in Syntagm. iuris civ. Exercit. XIV. §. 20. BERGER in Oecon. iuris Lib. III. Tit. IX. §. 11. Not. 3. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 9. *Christ.* THOMASIUS in Diss. de usu practico doctrinae difficillimae iuris, de culparum praestatione in contractibus. §. 29. Struben rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 61. u. a. m.

nen auch unter den neuern noch Wernher[32]), Schmidt[33]), Höpfner[34]) und Günther[35]) beytreten. Sie sagen, wenn man ja wegen eines in einem Contracte erlittenen Schadens die Klage aus dem Aquilischen Gesetz anstellen wolle, so müßte doch immer der Grad von Culpa vorhanden seyn, welcher in dem vorliegenden Contracte nach eigenen Regeln prästirt werde, z. B. beym beschädigten Depositum die culpa lata. Denn sonst würden ja alle Regeln von den verschiedenen Graden der Culpa und deren Prästation in den Contracten unnütz seyn. Ueberdem könne man auch einen solchen Schaden kein *damnum iniuria datum* nennen, den Jemand durch ein ganz geringes Versehen verursacht hat, wenn er nach der Natur des eingegangenen Contracts nicht für culpa leviſſima haften darf. Nie könne also mittelst der actio Legis Aquiliae ein größerer Fleiß von einem Menschen gefordert werden, als wozu ihn der geschlossene Contract verbindet, weil sonst die Römischen Rechtsgelehrten nicht hätten sagen können, daß eine Klage die andere aufhebe[36]). Allein schon Cocceji[37]) suchte aus Gründen der Theorie zu zeigen, daß auch in Vertragsverhältnissen die *Lex Aquilia* Anwendung finde, ohne daß es hier auf den Grad der Culpa ankomme. Seinen Gründen fehlte indessen noch bey weitem das Gewicht, um die Gründe der ältern Meinung zu entkräften, geschweige denn

32) Lectiss. Commentatt. in Pand. h. t. §. 2.

33) Lehrbuch von gerichtlichen Klagen u. Einreden §. 1206. Not. u.

34) Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1049.

35) Princip. iuris Rom. privati noviſſimi. Tom. I. §. 343.

36) *L. 18. §. 1. D. Commodati. L. 25. §. 5. D. locati.*

37) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.

denn zu überwiegen. Denn sie laufen alle blos dahinaus, die Klage aus dem Contract und die des Aquilischen Gesetzes seyen ganz verschiedene Klagen, deren jede ihre eigene Natur und Prästationen habe. Die Hauptsache hingegen, worauf es ankommt, nämlich daß man das damnum iniuria datum, welches sich blos durch positive Thätigkeit äußert, von der eigentlichen Culpa, welche nur ein widerrechtliches Unterlassen bezeichnet, nicht gehörig trennte, ließ er ganz unberührt. Kein Wunder, wenn seine Meinung so wenig Beyfall fand. Glücklicher entdeckte den wahren Standpunct Georg Friedrich Krause [38]). Er sahe zuerst ein, daß bey der Frage, wie weit die Lex Aquilia in Vertragsverhältnissen anwendbar sey, alles auf den Unterschied ankomme, ob der Schade durch eine culpa facti proprii des Contrahenten, oder durch eine culpa custodiae d. i. durch Nichtabwendung vorauszusehender schädlicher Wirkungen entstanden sey. Nur in jenem Falle sey eine unbedingte Pflicht zur Entschädigung schon durch die natürliche Rechtsphilosophie begründet, wenn die Handlung des Contrahenten die unmittelbare Ursache der Beschädigung ist, ohne daß hier die Verschiedenheit der zwischen dem Beschädiger und dem Beschädigten bestehenden obligatio in Betrachtung komme, oder auf irgend einen Grad von Culpa Rücksicht zu nehmen sey. Nur auf diesen Fall gehe die *Lex Aquilia* [39]), und hier con-

38) Diss. de Lege Aquilia in eos etiam, quos contractus ad exactissimam diligentiam non obligat, culpam leviss*i*mam vindicante. *Vitembergae 1757.* 4. §. VIII. sqq.

39) *L. 2. pr. L. 27. §. 5. et 13. L. 29. §. 2. L. 51. pr. D. h. t. §. 13. I. eodem.*

concurrire die *actio Legis Aquiliae* mit allen Contractsklagen electiv [40]). Ein ganz anderes Verhältniß trete ein, wenn der Schade nicht durch positive Thätigkeit des Contrahenten, sondern durch Unterlassung der nöthigen Vorsicht, (culpa custodiae) entstanden ist. Auf diesen Fall beziehe sich die *Lex Aquilia* nicht [41]). Hier lege auch die Philosophie des Rechts dem Bürger keine vollkommene Pflicht auf, den vernichtenden oder schädlichen Einfluß äußerer Umstände der Natur oder dritter Personen von dem Eigenthume des Mitbürgers abzuwenden. Nur durch Vertrag könne eine solche Verbindlichkeit begründet werden. Daher komme es hier lediglich auf die Natur und die Bedingung des geschlossenen Contracts an, um daraus zu beurtheilen, welcher Grad der Achtsamkeit in jedem einzelnen Contracte, nach Maasgebung der Gesetze, stillschweigend versprochen, und welcher Grad von Culpa folglich zu prästiren sey. Hier sey also blos die Klage aus dem Contract begründet, wenn derjenige Grad des Fleißes nicht angewendet worden sey, welchen die Civilgesetze in der Art von Contracten, als geschlossen worden ist, von dem Contrahenten erfordern. Eben diese Bahn haben nachher auch Franz Schöman [42]) und Egid von Löhr [43]) mit dem glücklichsten Erfolge betreten, und kein Unpartheyischer wird wohl

40) *L. 7. §. 8. L. 27. §. 11. L. 18. L. 42. D. h. t. L. 47. 48. et 49. D. pro Socio. L. 18. §. 1. D. Commodati.*

41) *L. 13. §. 2. D. de Usufr. L. 37. pr. D. h. t. L. 19. D. Commodati. L. 41. D. Locati.*

42) Handbuch des Civilrechts. I. B. S. 209. ff.

43) Beyträge zu der Theorie der Culpa (Gießen und Darmstadt 1808. 8.) V. 4. S. 219. ff.

wohl dieser neuern Meinung leicht den Vorzug streitig machen, da die Rechtsphilosophie und der Beyfall der Römischen Gesetzgebung deren Wahrheit verbürgen. Wie nun durch diese Lehre alle Regeln von den Graden der Culpa und deren Prästation in den Contracten unnütz gemacht werden sollten, ist unbegreiflich. Auch nicht eine wird dadurch aufgehoben. Es ist ja hier blos von dem Falle die Rede, wenn der Schade durch positive Thätigkeit desjenigen verursacht worden ist, der dafür verantwortlich gemacht wird. Für diesen Fall kennen die Gesetze keine Grade der Culpa [44]). Diese nimmt blos die dem *damno iniuria dato* gegenüber stehende schädliche Unthätigkeit, die mittelbare Ursache der Verletzung einer fremden Sache durch Versehen, die *omissio diligentiae*, *omissio custodiae* an [45]). Man erwäge nur folgende Gesetzstellen.

L. 2. *pr. D. h. t.* Qui servum servamve, alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem *iniuria occiderit* etc.

L. 5. §. 1. *D. eodem.* *Iniuriam* autem hic accipere nos oportet, — *quod non iure factum est*, hoc est, contra ius, id est, *si culpa quis occiderit.* — Igitur *iniuriam* hic *damnum* accipiemus *culpa datum*, etiam ab eo, qui nocere noluit.

L. 27. §. 5. *D. eodem.* Caeterarum rerum, praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod *usserit*, *fregerit*, *ruperit iniuria* etc.

L. 27.

44) Sehr richtig sagt STRYK in Usu mod. Pand. h. t. §. 14. *Cum vero Lex Aquilia damnum etiam levissima culpa datum vindicet*, L. 44. D. h. t. *usu fori hoc communiter ad culpam levissimam in committendo admissam restringitur, cum omissio facilius excusari soleat commissione.*

45) S. SCHOEMANS Handbuch 1. B. S. 237. ff.

L. 27. §. 13. *D. eodem. Rupiſſe* verbum fere omnes Veteres ſic intellexerunt: *corruperit.*

L. 27. §. 17. *eod. Rupiſſe* eum utique accipiemus, qui vulneravit, vel virgis, vel loris, vel pugnis cecidit, vel telo vel quo alio, ut ſcinderet alicui corpus, vel tumorem fecerit; ſed ita demum, ſi damnum iniuria datum eſt. — *Aquilia* enim eas *ruptiones*, quae damna dant, perſequitur.

§. 13. *I. de Lege Aquilia.* RUPTUM intelligitur, quod quoquo modo *corruptum* eſt. Unde non ſolum *fracta*, aut *uſta*, ſed etiam *ſciſſa*, et *colliſa*, et *effuſa*, et quoquo modo *peremta*, atque *deteriora facta*, hoc verbo continentur.

§. 14. *I. eodem.* Illud palam eſt, ſicut ex primo capite ita demum quisque tenetur, *ſi dolo aut culpa eius homo aut quadrupes occiſus occiſave fuerit*: ita ex hoc capite *de dolo aut culpa et de caetero damno quemque teneri.*

Sollte denn aber vielleicht das Vertragsverhältniß einen Unterſchied machen? das ſey ferne! Wie könnte denn der Contract Jemanden berechtigen, dem Andern einen Schaden ohne Erſatz zuzufügen, für welchen er im nichtvertragsmäßigen Verhältniß verantwortlich ſeyn würde[46])?

Was

46) STRYK in Tract. de actionib. for. inveſtigand. Sect. I. membr. X. §. 28. bemerkt ſehr richtig: *non poſſe contractum intervenientem maiorem delinquendi licentiam alteri tribuere, niſi forte expreſſe conventum, ſe de leviſſima culpa teneri nolle.* Daß eine ſolche beſondere Verabredung, welche Stryk hier als Ausnahme annimmt, wirklich gelte, erhellet aus *L.* 27. §. 29. *D. h. t.*

wohl dieser neuern Meinung leicht den Vorzug streitig machen, da die Rechtsphilosophie und der Beyfall der Römischen Gesetzgebung deren Wahrheit verbürgen. Wie nun durch diese Lehre alle Regeln von den Graden der Culpa und deren Prästation in den Contracten unnütz gemacht werden sollten, ist unbegreiflich. Auch nicht eine wird dadurch aufgehoben. Es ist ja hier blos von dem Falle die Rede, wenn der Schade durch positive Thätigkeit desjenigen verursacht worden ist, der dafür verantwortlich gemacht wird. Für diesen Fall kennen die Gesetze keine Grade der Culpa [44]). Diese nimmt blos die dem *damno iniuria dato* gegenüber stehende schädliche Unthätigkeit, die mittelbare Ursache der Verletzung einer fremden Sache durch Versehen, die *omissio diligentiae*, *omissio custodiae* an [45]). Man erwäge nur folgende Gesetzstellen.

L. 2. *pr. D. h. t.* Qui servum servamve, alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem *iniuria occiderit* etc.

L. 5. §. 1. *D. eodem.* *Iniuriam* autem hic accipere nos oportet, — *quod non iure factum est*, hoc est, contra ius, id est, *si culpa quis occiderit.* — Igitur *iniuriam* hic *damnum* accipiemus *culpa datum*, etiam ab eo, qui nocere noluit.

L. 27. §. 5. *D. eodem.* Caeterarum rerum, praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod *usserit*, *fregerit*, *ruperit iniuria* etc.

L. 27.

44) Sehr richtig sagt STRYK in Usu mod. Pand. h. t. §. 14. *Cum vero Lex Aquilia damnum etiam levissima culpa datum vindicet*, L. 44. D. h. t. *usu fori hoc communiter ad culpam levissimam in committendo admissam restringitur, cum omissio facilius excusari soleat commissione.*

45) S. SCHOEMANS Handbuch 1. B. S. 237. ff.

L. 27. §. 13. *D. eodem. Rupiſſe* verbum fere omnes Veteres ſic intellexerunt: *corruperit.*

L. 27. §. 17. *eod. Rupiſſe* eum utique accipiemus, qui vulneravit, vel virgis, vel loris, vel pugnis cecidit, vel telo vel quo alio, ut ſcinderet alicui corpus, vel tumorem fecerit; ſed ita demum, ſi damnum iniuria datum eſt. — *Aquilia* enim eas *ruptiones*, quae damna dant, perſequitur.

§. 13. *I. de Lege Aquilia.* RUPTUM intelligitur, quod quoquo modo *corruptum* eſt. Unde non ſolum *fracta*, aut *uſta*, ſed etiam *ſciſſa*, et *colliſa*, et *effuſa*, et quoquo modo *peremta*, atque *deteriora facta*, hoc verbo continentur.

§. 14. *I. eodem.* Illud palam eſt, ſicut ex primo capite ita demum quisque tenetur, *ſi dolo aut culpa eius homo aut quadrupes occiſus occiſave fuerit*: ita ex hoc capite *de dolo aut culpa et de caetero damno quemque teneri.*

Sollte denn aber vielleicht das Vertragsverhältniß einen Unterſchied machen? das ſey ferne! Wie könnte denn der Contract Jemanden berechtigen, dem Andern einen Schaden ohne Erſatz zuzufügen, für welchen er im nichtvertragsmäßigen Verhältniß verantwortlich ſeyn würde[46])? Was

46) STRYK in Tract. de actionib. for. inveſtigand. Sect. I. membr. X. §. 28. bemerkt ſehr richtig: *non poſſe contractum intervenientem maiorem delinquendi licentiam alteri tribuere, niſi forte expreſſe conventum, ſe de leviſſima culpa teneri nolle.* Daß eine ſolche beſondere Verabredung, welche Stryk hier als Ausnahme annimmt, wirklich gelte, erhellet aus *L.* 27. §. 29. *D. h. t.*

Was hat denn das Verhältniß des Schadenserſatzes mit den Vertragsverhältniſſen für eine Verbindung? und warum ſollte das Recht des Schadenserſatzes in vertragsmäßigen Verhältniſſen anders, als in nichtvertragsmäßigen zu beſtimmen ſeyn? Die Geſetze belehren uns vielmehr ausdrücklich, daß die actio Legis Aquiliae mit allen Contractsklagen electiv concurrire, inſofern es auf Schadenserſatz ankommt.

L. 7. §. *ult. D. h. t. Proculus* ait, ſi medicus ſervum imperite ſecuerit, *vel ex locato vel ex Lege Aquilia competere actionem.*

L. 18. *D. eod.* Sed et ſi is, qui pignori ſervum accepit, occidit eum, vel vulneravit; *Lege Aquilia* et *pigneratitia* conveniri poteſt. Sed alterutra contentus eſſe debebit actor.

L. 42. *D. eodem.* Qui tabulas teſtamenti depoſitas, aut alicuius rei inſtrumentum ita delevit, ut legi non poſſit, depoſiti actione, et ad exhibendum tenetur: quia corruptam rem reſtituerit, aut exhibuerit. *Legis quoque Aquiliae actio ex eadem cauſa competit.* Corrupiſſe enim tabulas recte dicitur et qui eas interleverit.

L. 16. §. 5. *D. Familiae erciſc.* Denique ait (*Iulianus*), ſi unus ex heredibus rationes hereditarias deleverit, vel interleverit, *teneri quidem Lege Aquilia*, quaſi corruperit: non minus autem etiam *familiae erciſcundae iudicio.*

L. 18. §. 1. *D. Commodati.* Sive autem pignus, ſive commodata res, ſive depoſita, deterior ab eo, qui acceperit, facta ſit, *non ſolum iſtae ſunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam Legis Aquiliae*: ſed ſi qua earum actum fuerit, aliae tolluntur.

L. 47.

L. 47. §. 1. *et L.* 48. *D. Pro ſocio.* Si damnum in re communi ſocius dedit, *Aquilia* teneri eum, et *Celſus*, et *Iulianus*, et *Pomponius* ſcribunt: ſed nihilominus et *pro ſocio* tenetur.

L. 30. §. 2. *D. Locati.* Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupiſſet, conſulebat de actione? Reſpondit, vel *Lege Aquilia* vel *ex locato* recte eum agere. Sed *Lege Aquilia* tantum cum eo agi poſſe, qui tum mulas agitaſſet: *ex locato*, etiam ſi alius eas rupiſſet, cum conductore recti agi.

L. 43. *D. eodem.* Si vulneraveris ſervum tibi locatum, eiusdem vulneris nomine, *Legis Aquiliae* et *ex locato actio* eſt: ſed alterutra contentus actor eſſe debet; idque officio iudicis continetur, apud quem ex locato agetur.

Nach dieſen Geſetzen hat es nun alſo wohl keinen gegründeten Zweifel, daß der Depoſitar, ferner der Empfänger eines Precariums nach der Lex Aquilia eben ſo gut für jede culpoſe poſitive Beſchädigung haften, wie alle übrige, wenn ſie gleich ſonſt nur für ſchädliche Unthätigkeit aus groben Verſehen (culpa lata) verantwortlich ſind. Es darf jedoch bey dieſer Gelegenheit nicht unbemerkt gelaſſen werden, daß die Regel, nach welcher eine jede Beſchädigung durch Handeln ohne Rückſicht auf den Grad der Culpa der Klage des Aquiliſchen Geſetzes unterworfen iſt, zwey bedeutende Ausnahmen leidet, nämlich bey dem Agrimenſor und dem Schenker[47]). Erſterer ſoll wegen

47) S. SCHOEMANS Handbuch 1. B. S. 229. ſq.

wegen fälschlicher Bestimmung des Maaßes nur für dolus und culpa lata haften [48]). Die actio Legis Aquiliae kann darum gegen ihn nicht angestellt werden, weil sie eine wirkliche Verletzung, eine Corruption der Sache voraussetzt, welche durch die Angabe eines falschen Maaßes nie entsteht. Ueberdem war zwischen dem agrimensor und demjenigen, dessen Grundstück er maas, nach dem römischen Civilrechte kein gültiges Geschäft vorhanden, sondern es war nur eine Gefälligkeit, welche jener diesem erzeigte, wenn er eine solche Messung übernahm [49]). Gab er also ein falsches Maas an, so hatte gar keine Klage gegen ihn auf den Ersatz des verursachten Schadens Statt; er mochte für seine Mühe ein Honorar bekommen haben, oder nicht. Nur der Prätor gab eine Klage, wenn er sich eines dolus oder culpa lata schuldig gemacht hatte. Haec actio *dolum malum* duntaxat exigit; sagt **Ulpian**, visum est enim, satis abundeque coerceri mensorem, si *dolus malus solus* conveniatur eius hominis, *qui civiliter obligatus non est. Proinde, si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit*; sed et si negligenter, aeque mensor secu-rus erit. *Lata culpa* plane dolo comparabitur [50]). Auch der Schenker haftet nach Justinianeischem Rechte bis zur Uebergabe der versprochenen Sache nur für dolus und culpa lata, weil er keinen Vortheil aus dem Geschäfte zieht; der Beschenkte aber ist zur Anstellung der Klage aus dem Aquilischen Gesetz darum nicht berechtiget, weil er weder Eigen-

48) *L. 1. §. 1. D. Si mensor falsum mod. dix.*

49) *L. 1. pr. D. cit.* Non crediderunt Veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse, *sed magis operam beneficii loco praeberi.*

50) S. von Löhr Beyträge zu der Theorie der Culpa S. 77. ff.

Eigenthum, noch ein dingliches Recht an der ihm versprochenen Sache hat [51]). Dahingegen nimmt man auch einen Fall an, wo Jemand Schaden in einem Contracte leidet, und keine andere Klage anstellen kann, als die des Aquilischen Gesetzes. Dieser Fall ist beym Darlehn möglich, wenn der Empfänger durch ein Versehen des Darleihers eine verdorbene oder verfälschte Sache erhält. Denn eine actio mutui contraria giebt es nicht [52]).

§. 700.

Bedingungen des Aquilischen Gesetzes. I. Widerrechtlicher Schaden durch positives Handeln.

Die erste und wichtigste Bedingung des Aquilischen Gesetzes, und der daraus entspringenden Klage ist also die, daß Jemand durch positive Handlungen, sey das Versehen auch noch so gering, einem Andern widerrechtlich geschadet habe, gleichviel, ob zwischen dem Beschädiger und Beschädigten ein Vertragsverhältniß vorhanden sey, oder nicht [53]). Zwar meint Hellfeld, es komme nichts darauf an, ob der Schade *committendo* oder *omittendo* geschehen sey. Allein das Gegentheil lehrt offenbar Ulpian [54]), wenn er, in Beziehung auf die Auctorität eines Julians sagt: Sunt casus, quibus cessat *Aquiliae actio.* — *Nam qui agrum non proscindit, qui vites*

51) Von Löhr Beyträge S. 221. ff.

52) S. STRYK Tract. de actionib. forensib. investigand. Sect. I. Membr. V. §. 3. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 769. Not. 1. und THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 886. a. E.

53) S. von Löhr Theorie der Culpa §. 15.

54) *L. 13. §. 2. D. de Usufructu.*

non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, Lege Aquilia non tenetur. Wäre die Klage aus dem Aquilischen Gesetz auch schon wegen einer schädlichen Unthätigkeit begründet, so wären die cautio usufructuaria und die cautio damni infecti überflüssig[55]). Nur in dem Falle ist durch die Auslegung der Römischen Rechtsgelehrten eine *actio utilis* ad exemplum Legis Aquiliae zugelassen worden, wenn die Unterlassung die Ursache ward, daß der Schade aus einer vorhergegangenen positiven Handlung entstand[56]), wie z. B. in dem Falle, wenn ein Chirurgus nach unternommener Operation die Cur vernachlässigte, oder ein Becker durch Heitzung seines Backofens, wegen Mangels der nöthigen Aufsicht, einen Brand veranlaßte, oder wenn Jemand die schädliche Handlung eines Andern zu verhindern unterließ, welche er aus Pflicht hätte hindern sollen, und können, von welchen Fällen die vom Zellfeld angeführten Gesetzstellen[57]) reden. Uebrigens sind die Fälle sehr mannigfaltig, in welchen das Aquilische Gesetz zur Anwendung kommt. Es können aus diesem Gesetz auch diejenigen belangt werden, welche zwar ein an sich erlaubtes Geschäft verrichten, aber dabey vorsätzlich, oder auch durch Unvorsichtigkeit und Ungeschicklichkeit Schaden thun. Z. B. Lehrmeister oder sonstige Vorgesetzte, welche ihre Lehrlinge und Untergebene durch unmäßige oder unvorsichtige

55) S. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 3.

56) HOFACKER Pincip. iur. civ. Tom. III. §. 3006.

57) *L. 8. pr. L. 27. §. 9. L. 44. §. 1. L. 45. pr. D. h. t.* Man vergleiche über diese Stellen SUAREZ *de* MENDOZA Commentar. ad Leg. Aquil. Lib. II. Cap. II. Sect. II. nr. 18. seqq. (bey) MEERMAN Tom. II. pag. 92. seqq.)

sichtige Züchtigung beschädigen[58]). Beamte, wenn sie durch Excesse in der Amtsführung Schaden thun, ohne durch pflichtwidrige Widersetzlichkeit des Unterthans dazu veranlaßt worden zu seyn[59]). Bauleute, welche einen gehobenen Balken fallen lassen, Dachdecker, welche Ziegel von der Höhe herunterwerfen, ohne die Vorübergehenden zu warnen, und dadurch Schaden anrichten[60]). Aerzte, Wundärzte, Apotheker und Hebammen, welche schädliche Arzneyen verschreiben, oder machen, oder durch ungeschickte Operationen schaden[61]). Künstler und Professionisten, die dasjenige zerbrechen, was ihnen zu verarbeiten gegeben worden ist[62]). Fuhrleute, wenn sie durch ungeschicktes Aufladen, Fahren, oder Umwerfen Schaden thun[63]). Schiffer, welche ein anderes Schiff durch ungeschicktes Ansegeln be-

58) *L. 5. §. 3. D. h. t.* Proponitur apud *Iulianum* species talis: sutor, inquit, puero discenti, ingenuo, filiofamilias, parum bene facienti, quod demonstraverat, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. Dicit igitur *Iulianus*, injuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae injuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa. An ex locato, dubitat: quia levis duntaxat castigatio concessa est docenti. Sed *lege Aquilia* posse agi non dubito. *L. 6. D. eod.* Praeceptoris enim nimia saevitia culpae adsignatur. Add. *L. 13. §. 4. D. Locati.* S. *Ger.* NOODT in Comm. ad L. Aquil. cap. 6.

59) *L. 29. §. 7. D. h. t. L. 13. D. de peric. et commodo rei venit.*

60) *L. 11. §. 4. L. 31. D. h. t. §. 5. I. eodem.*

61) *L. 7. §. 6. et 7. L. 8. pr. L. 9. pr. D. h. t. §. 1. I. eodem.* VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 23.

62) *L. 27. §. 29. D. h. t.*

schädigen [64]). Reiter und Kutscher, welche ihre Pferde nicht gehörig regieren können [65]). Nicht minder diejenigen, welche erlaubte Spiele treiben, aber solche auf eine ungebührliche Art, an einem unschicklichen Orte, oder zur ungebührlichen Zeit unternehmen [66]). Besonders können auch diejenigen, durch deren Verwahrlosung eine Feuersbrunst entsteht, von den Bewohnern der dadurch abgebrannten Häuser mit der Klage des Aquilischen Gesetzes belangt werden [67]). Uebrigens kommt nichts darauf an, ob Jemand den Schaden unmittelbar selbst anrichtet, oder durch Anreitzen, Zureden oder Beystandleisten zur Beschädigung die Veranlassung giebt [68]).

Da es also immer nur widerrechtliche Handlungen sind, welche die Lex Aquilia vindicirt; so folgt hieraus,

1) daß diejenigen, die jener nicht fähig sind, auch nicht auf Schadenersatz belangt werden können. Aus diesem Grunde ist der Wahnsinnige nie, ein Unmündiger aber nur dann zum Ersatz verbunden, wenn er schon einer Culpa fähig ist.

L. 5.

63) *L.* 27. §. 33. *L.* 52. §. 2. *D. h. t. L.* 13. *pr. D. Locati.* S. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 17.

64) *L.* 29. §. 2. *D. h. t.* VOET h. t. §. 15.

65) §. 8. *I. h. t. L.* 8. §. 1. *D. eod. L.* 1. §. 5. *D. Si quadrupes pauperiem feciſſe dicat.*

66) §. 4. *I. h. t. L.* 9. §. *ult. L.* 10. *D. eodem.*

67) *L.* 27. §. 7. 8. *et* 11. *D. h. t.* S. VOET h. t. §. 19. et 20. Hat Jemand einen Feuerungsplatz auf eine solche Art angelegt, daß er meinem Gebäude gefährlich ist, so kann ich zwar nicht ex Lege Aquilia klagen; allein ich kann eine cautio damni infecti fordern. *L.* 27. §. 10. *D. h. t.*

68) *L.* 7. §. 3. *L.* 9. §. 3. *et L.* 11. §. 5. *D. h. t.* VOET h. t. §. 25.

L. 5. §. 2. *D. h. t.* ſagt: Et ideo quaerimus, ſi *furioſus* damnum dederit, an Legis Aquiliae actio ſit. Et *Pegaſus* negavit. *Quae enim in eo culpa ſit, cum ſuae mentis non ſit?* Et hoc eſt veriſſimum. *Ceſſabit igitur Aquiliae actio.* — Sed et ſi infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quod ſi impubes id fecerit, *Labeo* ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum; et hoc puto verum, *ſi ſit iam iniuriae capax.*

Viele wollen dieſe Stelle zwar nur ſo verſtehen, als ob vermittelſt der Lex Aquilia, als welche freylich immer eine culpa vorausſetzt, kein Erſatz von einem furioſus gefordert werden könne. Allein deswegen trete doch nach andern Stellen auch bey dieſem eine Verbindlichkeit zum Schadenserſatz ein, und zwar ſo, daß wenn der Schade, ohne Beziehung auf eine obligatio, geſchehen iſt, jener durch eine *actio in factum* eingeklagt werden könne. Dieſe Klage habe gerade alsdann Statt, wenn die eigentliche Klage aus dem Aquiliſchen Geſetz wegfällt. Man beruft ſich deshalb auf folgende Geſetzſtellen.

L. 46. *D. de obligat. et act.* Furioſus et pupillus, *ubi ex re actio venit*, obligantur, etiam ſine curatore, vel tutoris auctoritate: veluti ſi communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendero, vel *damnum in eo pupillus dederit.* Nam iudicio communi dividundo obligabuntur.

L. 33. §. 1. *D. h. t.* In damnis, quae Lege Aquilia non tenentur, *in factum datur actio.*

Allein man irrt ſich gewaltig, wenn man meint, daß dieſe actio in factum ohne Unterſchied Statt habe, die

Handlung, wodurch ein Schade angerichtet worden ist, möge ihrem Urheber zugerechnet werden können, oder nicht. Es erhellet vielmehr aus andern Gesetzstellen, daß die actio in factum, welche in den Fällen Statt haben soll, wo die Klage des Aquilischen Gesetzes wegfällt, ebenfalls voraussetze, daß demjenigen eine Schuld beyzumessen sey, wider welchen sie soll angestellt werden können. Cum non sufficiat, neque directa, neque utilis Legis Aquiliae actio, sagt Justinian [69]), placuit eum, *qui obnoxius fuerit*, in factum actione teneri. Es hat zwar keinen Zweifel, daß, wo eine obligatio ex re entsteht, auch der Wahnsinnige und der Unmündige, ohne Curator und Tutor verbunden sind. Daß dieses aber durch Schadenszufügung geschehen könne, sagt Paulus in der angeführten L. 46 der hier so genau unterscheidet, ausdrücklich nur von dem Pupillen, welcher allerdings, sofern er pubertati proximus ist, sich einer culpa schuldig machen, und also ex Lege Aquilia gehalten seyn kann [70]); aber keinesweges von dem furiosus, bey dem doch die Sache den meisten Zweifeln unterworfen ist. Was von einem furiosus gilt, muß aus gleichem Grunde auch von einem infans gelten. Von beyden sagt Pomponius [71]): Quod *infans*, vel *furiosus* possessor *perdidit*, vel *corrupit*, impunitum est. Soviel ist indessen gewiß, daß eine Klage auf Schadensersatz, und zwar aus eignen Mitteln, gegen diejenigen Statt

69) §. *ult. I. h. t.*

70) *L. 23. D. de furt.*

71) *L. 60. D. de Rei Vindic.* S. NOODT ad L. Aquil. cap. 10. SUAREZ *de* MENDOZA Comm. ad L. Aquil. Lib. I. cap. 2. (bey MEERMAN Tom. II. p. 17. sqq.) VOET h. t. §. 29. und Löhr Theorie der Culpa. 2. Abschn. §. 17. S. 101. ff.

Statt habe, welchen die Aufsicht über den Wahnsinnigen übertragen war, wenn ihnen eine Nachlässigkeit dabey zur Last fällt [72]).

2) Die Lex Aquilia findet keine Anwendung, wenn der Schade blos zufällig ist. Z. B. es zündet Jemand mit aller Vorsicht auf seinem Acker Feuer an, um Stoppeln zu verbrennen. Ein plötzlich entstandener Wind treibt das Feuer auf des Nachbars Grundstück, und verursacht einen Brandschaden. Hier findet keine Klage Statt. Si omnia, quae oportuit, observavit, et subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa, sagt Paulus [73]).

3) Auch ist derjenige außer aller Verantwortung, welcher so zu handeln berechtiget war, wie er wirklich gehandelt hat. Nemo enim damnum facit, sagt Paulus [74]) nisi qui id fecit, *quod facere ius non habet.* Dahin gehört,

a) wenn man, um sich gegen die Gewaltthätigkeiten Anderer zu schützen, denselben schadet, ohne dabey die Grenzen der Vertheidigung zu überschreiten. Die Art des Angriffs ist ganz gleichgültig. Es kann sich auch die Vertheidigung bis auf Tödung des Angreifenden erstrecken, wenn

72) *L. 14. D. de officio Praesid.* S. STRYK Us. mod. Pand. Lib. IX. Tit. 1. §. 2.

73) *L. 30. §. 3. in fin. D. h. t.* Add. §. 3. *I. eod. L. 29. §. 3. et L. 52. §. ult. D. eodem.* Vid. de MENDOZA Lib. I. Cap. II. Sect. VII.

74) *L. 151. D. de Reg. iuris.* S. MENDOZA Comment. Lib. I. cap. II. Sect. I. und von Löhr Theorie der Culpa. 2. Abschn. §. 16.

wenn kein anderes Mittel vorhanden war, der Gefahr zu entgehen [75]).

L. 4. pr. et §. 1. *D. h. t.* ſagt: Si ſervum tuum latronem, inſidiantem mihi, occidero, ſecurus ero. *Nam adverſus periculum naturalis ratio permittit ſe defendere.* — Lex duodecim Tabularum furem noctu deprehenſum occidere permittit [76]): ut tamen id ipſum cum clamore teſtificetur. Interdiu autem deprehenſum ita permittit occidere, ſi is ſe telo defendat: ut tamen aeque cum clamore teſtificetur.

L. 5. pr. D. eodem. Sed et ſi quemcunque alium ferro ſe petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidiſſe: *et ſi metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin Lege Aquilia non teneatur.* Sin autem, cum poſſet adprehendere, maluit occidere, magis eſt, ut injuria feciſſe videatur: ergo et *Cornelia* tenebitur [77]).

Habe

75) Man ſehe hier Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 37. u. §. 38. der 4. Aufl.

76) CICERO *pro Milone* c. 3. GELLIUS *Noct. Attic.* Lib. XI. c. 18. MACROBIUS *Saturnal.* Lib. I. cap. 4. Man ſehe auch *Ev.* OTTO de Legg. duodecim Tabularum. Cap. VIII. (in *Praefat.* Tom. III. *Theſ. iur. Rom. praem.* pag. 30.)

77) Ger. NOODT Probabil. Lib. I. c. 9. und in Comm. ad Leg. Aquil. Cap. 9. hält die Leſeart hier für fehlerhaft, und will ſtatt *Cornelia*, von welcher hier gar die Frage nicht ſey, *Aquilia* leſen. Allein für die Richtigkeit der Leſeart bürgt nicht nur die Uebereinſtimmung derſelben mit der *Collatio Legg. Moſaic. et Roman.* Tit. VII. §. 3. ſondern auch eine andere, ebenfalls aus Ulpians *Lib. 18. ad Edictum* genommene Stelle, *L. 23. §. 9. D. ad Leg. Aquil.* Ueberdem deuten die Worte: *maluit occidere*,

Habe ich bey meiner Vertheidigung aus Versehen einen Dritten unschuldigen geschadet, so bin ich ex Lege Aquilia zur Schadloshaltung verbunden. *L.* 45.

dere, offenbar auf einen Fall hin, wo der Tödende mit Ueberlegung handelte. Mit Recht konnte also Ulpian sagen, daß auch die *Lex Cornelia* hier zur Anwendung komme. Es sind auch die Worte *magis est, ut injuria feciſſe videatur*, dieser Erklärung gar nicht entgegen. Denn was nötbiget uns denn, unter *injuria* hier gerade nur eine culpa zu verstehen? Das Wort *iniuria* begreift ja auch den dolus unter sich. §. 14. *I. h. t.* Die Basiliken haben zwar das *Princ.* der *L.* 5. nicht, Tom. VII. Lib. LX. Tit. 3. pag. 43. Allein der griechische Scholiast hat die ganze Stelle ad L. 3. Tit. 3. pag. 67. wo sie so lautet: Εἰ δὲ καὶ τὸν ἐιτινα δήποτε μετὰ σιδήρε μοι ἐπιὸντα πρωφθὰσας ἀνέλω, ὲ δοκῶ ἀδὶκως ἀναιρειν ἀυτὸν. Εἰ δὲ καὶ φοβηθεὶς τὸν ἐκ τῆς κλέπτε θάνατον ἀνέλω, οὐ κατέχομαι τῷ Ακουιλίω. Ἐὰν δε δυνάμενος κατασχεῖν ακινδύνως τον κλέπτην, καὶ παραδοῦναι ἀυτὸν, ἠβελήθην μᾶλλον ἀνελεῖν ἀυτὸν, ἐπεὶ ἀδικως ἀυτόν φονέυω Κορνελίω τῷ ἀνδροφονίας κατέχομαι. i. e. *Sed ſi quemcunque, cum ferro irruentem in me, praeveniens occidero, non videor iniuria occidere. Et ſi timens, ne me fur occideret, eum occidero, non teneor Aquilia. Sin autem, cum poſſem ſine periculo furem retinere, et tradere, maluero occidere, quia iniuria occidi, Cornelia de caede teneor.* Man vergleiche übrigens *Io. van de* WATER Obſervat. iuris Rom. Lib. I. cap. 18. *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. ad Lib. IX. L. 5. pr. D h. t. pag. 406. ſq. *Chriſtfr.* WAECHTLER Notae ad *Noodtii* Prob. iur. civ. Lib. I. c. 9. in *Opuſcul.* pag. 215. ſqq. *Ant.* SCHULTING ad Moſaic. et Rom. LL. Collat. Tit. VII. §. 3. not. 14. in *Iurisprud. Antejuſtin.* pag. 760. und von Löhr Theorie der Culpa 2. Abſchn. §. 16. Not. 2. S. 93. ff.

L. 45. §. 4. *D. h. t.* Qui, cum aliter tueri se non possunt, damni culpam dederint[78]), innoxii sunt. *Vim enim vi defendere omnes leges, omniaque iura permittunt.* Sed si, defendendi mei causa, lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed praetereuntem percussero, *tenebor Lege Aquilia.* Illum enim solum, qui vim infert, ferire conceditur; et hoc, si tuendi duntaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit.

b) Wenn bey einer entstandenen Feuersbrunst ein Gebäude niedergerissen wird, ehe es noch von der Flamme ergriffen war, um dem Feuer Einhalt zu thun, und fernerem Schaden vorzubeugen. Daß die Policeyobrigkeit dazu berechtiget sey, ist keinem Zweifel unterworfen. Nur darüber stritten die Römischen Rechtsgelehrten, ob dieses Recht auch einem Privatmanne zustehe. **Labeo** und **Servius** sprachen ihm dies Recht völlig ab, und erklärten ihn, wenn wirklich Schaden entstanden ist, d. i. wenn das Feuer früher gelöscht worden, als es zu dem niedergerissenen Gebäude drang, zum Ersatz desselben verbindlich. **Celsus** und **Ulpian** räumten es ihm hingegen ein. Die Meinung der letztern, ohnehin die spätere, und vielleicht deswegen die billigere, ist durch die Aufnahme des K. Justinians in die Pandecten für uns die gesetzliche geworden.

L. 49. §. 1. *D. h. t.* Quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum injuria datum, quod cum damno inju-

78) Unser Cod. Pandectar. Mspt. lieset hier: *damnum culpa dederunt.* Eben so Haloander. Baudoza aber *damnum culpa dederint.*

injuriam attulerit: niſi, *magna vi cogente*, fuerit factum, ut *Celſus* ſcribit circa eum, qui *incendii arcendi gratia*, vicinas aedes intercidit, *nam hic ſcribit ceſſare Legis Aquiliae actionem.* Iuſto enim metu ductus, ne ad ſe ignis perveniret, vicinas aedes intercidit; *et ſive pervenit ignis, ſive ante extinctus eſt, exiſtimat, Legis Aquiliae actionem ceſſare.*

L. 7. §. 4. D. Quod vi aut clam. Eſt et alia exceptio, de qua *Celſus* dubitat, an ſit obiicienda, (d. h. von welcher Celſius glaubt, daß ſie opponirt werden könne) [79]) utputa ſi *incendii arcendi cauſa* aedes intercidi, et quod vi aut clam mecum agatur, aut *damni injuria. Gallus* (vielleicht *Celſus*) [80]) enim dubitat, an excipi oporteret, *quod incendii defendendi cauſa factum non ſit? Servius* autem ait, *ſi id magiſtratus feciſſet*, dandam eſſe. *Privato non eſſe idem concedendum*, ſi tamen quid vi aut clam factum ſit, neque ignis usque eo perveniſſet, ſimpli litem aeſtimandam, *ſi perveniſſet, abſolvi eum oportere. Idem ait eſſe, ſi damni injuria actum foret: quoniam nullam injuriam aut damnum dare videtur, aeque perituris aedibus.* Quodſi nullo incendio id feceris, deinde poſtea incendium ortum fuerit: non idem erit dicendum, quia non ex poſtfacto, ſed ex praeſenti ſtatu, damnum factum ſit, nec ne, aeſtimari oportere *Labeo* ait.

L. 3.

79) Die Richtigkeit dieſer Erklärung ergiebt ſich ſchon aus der vorhergehenden Stelle: noch mehrere Beweiſe hat NOODT ad L. Aquiliam cap. 19. Der Ausdruck *dubitat an*, für *non dubitat* kommt öfters vor. *L. 5. §. ult. D. h. t.* S. NOODT cit. libr. cap. 6. *Oper.* T. I. pag. 145.

80) S. NOODT locis citt.

L. 3. §. 7. *D. de incendio ruina naufr.* Quod ait Praetor de damno dato, ita demum locum habet, si *dolo malo* damnum datum sit, nam si dolus malus abſit, ceſſat Edictum. Quemadmodum ergo procedit, quod *Labeo* ſcribit, ſi defendendi mei cauſa, vicini aedificium orto incendio diſſipaverim: et meo nomine, et familiae, iudicium in me dandum? cum enim defendendarum mearum aedium cauſa fecerim, utique dolo careo: *puto igitur non eſſe verum, quod Labeo ſcribit. An tamen Lege Aquilia agi cum hoc poſſit? et non puto agendum; nec enim injuria hoc fecit, qui ſe tueri voluit, cum alias non poſſet*; et ita *Celſus* ſcribit.

Alle drey Fragmente ſind von Ulpian. Viele glauben jedoch, daß die *L.* 49 *h. t.* der *L.* 7. *Quod vi* widerſtreite. Suarez de Mendoza [81]), Voet [82]) und Ulrich Huber [83]) ſuchen daher den Widerſpruch dadurch zu heben, daß ſie ſagen, die *L.* 49. rede bloß von der Klage des Aquiliſchen Geſetzes. Dieſe falle hier ganz weg, wenn das Feuer auch früher wäre gelöſcht worden, als es bis zu dem niedergeriſſenen Gebäude drang. Weil hier kein damnum iniuria datum vorhanden ſey. Allein nach der *L.* 7. habe das Interdictum Quod vi aut clam Statt, wenn das niedergeriſſene Haus dem menſchlichen Anſcheine nach vom Feuer nicht würde ergriffen worden ſeyn. Weil jedoch die *L.* 7. ausdrücklich auch der Klage des Aquiliſchen Geſetzes Erwähnung thut, ſo erklären Thomaſius [84]) und Po=

81) Comment. ad Leg. Aquil. Lib. I. cap. II. Sect. 6.

82) Commentar. ad Pand. h. t. §. 28.

83) Praelect. ad Pand. h. t. §. 1.

84) Ad *Huberum* cit. loc. in *Schol.*

Pothier [85]) die *L.* 49 vielmehr von dem Falle, wenn eine gegründete Besorgniß vorhanden war, daß das Feuer noch bis zu dem niedergerissenen Gebäude hätte vordringen können, die *L.* 7. hingegen von dem Falle, da das Niederreißen des von der Flamme noch nicht ergriffenen Gebäudes aus einer eitlen Furcht geschahe. Nur in dem letzten Falle finde eine Klage auf Schadensersatz statt, wenn allem Ansehen nach das Feuer gar nicht bis zu diesem Gebäude würde gekommen seyn. Allein durch eine Absonderung der verschiedenen Meinungen, welche Ulpian in den angeführten Fragmenten vorträgt, läßt sich, wie Löhr [86]) gezeigt hat, aller vermeintliche Widerspruch leicht heben. Daß Ulpians Meinung für die gesetzlich angenommene zu halten sey, erhellet auch aus den Basiliken [87]), wo die *L.* 49. §. 1. *h. t.* so ausgedruckt ist: Ο Ακουϊλιος ἄδικον ἐπιξητεῖ ξημίαν. Εἰ δέ τις εμπρησμου γενομένου διὰ τὸ σῶσαι τόν ἰδιον οἶκον καταςρέψῃ τὸν τοῦ γείτονος, ἀγεῖ ὁ Ακουϊλιος, ἔιτε το πῦρ ἔφθασεν, ἔιτε προεσβέσθη. i. e. *Aquilia damnum iniuria datum requirit. Quodsi quis incendio orto, suae domus servandae causa, vicinam intercidat, cessat Aquilia, sive pervenerit ignis, sive extinctus sit.*

c) Wenn Jemand in Gemäßheit seines Amts handelt, so ist er, so lange dies wirklich der Fall ist, für die Folgen seiner Handlungen nicht verantwortlich. Daher ist der Beamte, der gegen einen Widerspenstigen strenge zu verfahren genöthiget wird, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen nicht verbunden.

L. 29.

85) Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XXVIII. not. f.

86) Theorie der Culpa 2. Abschn. §. 16. S. 95. ff. Man s. jedoch auch EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius. civ. contr. h. t. Qu. 9. not. v.

87) Tom. VII. Lib. LX. Tit. 3. pag. 62. nach Fabrot.

L. 29. §. 7. *D. h. t.* Si quid magiſtratus adverſus reſiſtentem violentius fecerit, non tenebitur Aquilia [88]). Nam et cum pignori ſervum cepiſſet, et ille ſe ſuſpenderit, nulla datur actio.

§. 701.

Zweytes Erforderniß des Aquiliſchen Geſetzes. Unmittelbare Verletzung einer körperlichen Sache. Ausdehnung der L. A. auf mehrere Fälle. Daher entſtehende Verſchiedenheit der Klagen.

Die Lex Aquilia vindicirte aber bey weitem nicht jede Beſchädigung, die durch widerrechtliche Handlungen geſchieht. Sie ſetzte unmittelbare Verletzung einer fremden körperlichen Sache voraus, das heißt eine ſolche Beſchädigung, welche durch körperliche Einwirkung geſchehen iſt. Julian ſagt *L.* 51. *pr. D. h. t.*

Lege Aquilia is demum teneri viſus eſt, qui *adhibita vi*, et *quaſi manu* cauſam mortis praebuiſſet.

Eben ſo Juſtinian §. *ult. I. h. t.*

Placuit, ita demum directam ex hac Lege actionem eſſe, *ſi quis praecipue corpore ſuo damnum dederit.*

In der Folge erhielt ſie jedoch theils durch die Interpretation der Römiſchen Rechtsgelehrten, theils durch das Edict des Prätors in der Anwendung einen ſehr ausgedehnten Umfang. Man führte nämlich, als Supplemente der actio Legis Aquiliae, actiones utiles und in factum ein,

88) Quia magiſtratus non iniuria fecit, ſagt NOODT ad Leg. Aquil. cap. 6. quod iuris exequendi cauſa fecit.

ein, welche nun in allen Fällen, wo man mit der Klage des Aquilischen Gesetzes nicht auslangte, und widerrechtlich geschadet worden, gebraucht werden konnten. Sehr treffend sagt **Pomponius** *L.* 11. *D. de praescriptis verb. et in factum action.*

Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. Sed et eas actiones, quae Legibus proditae sunt, si Lex iusta ac necessaria sit, supplet Praetor in eo, quod Legi deest. *Quod facit in Lege Aquilia, reddendo actiones in factum, accommodatas Legi Aquiliae*: idque utilitas eius Legis exigit.

Desgleichen **Paulus** *L.* 33. §. 1. *D. h. t.* In damnis, quae *Lege Aquilia* non tenentur, *in factum datur actio.*

Vorzüglich aber gehört noch hierher die Stelle aus §. *ult. I. h. t.* wo **Justinian** sagt:

Ideoque in eum, qui alio modo (scil. quam *corpore suo*) damnum dederit, *utiles actiones dari solent*: veluti si quis hominem alienum, aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur; aut iumentum ita vehementer egerit, ut rumperetur; aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur: aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet, vel in puteum descenderet, et is ascendendo, vel descendendo, aut mortuus, aut aliqua parte corporis laesus fuerit: *utilis actio in eum datur.* Sed si quis alienum servum de ponte aut de ripa in flumen dejecerit, et is suffocatus fuerit, eo quod projecit, *corpore suo damnum dedisse*, non difficulter in-

telligi poteſt: ideoque *ipſa Lege Aquilia tenetur.* Sed ſi non *corpore* damnum fuerit datum, *neque corpus laeſum fuerit*, ſed *alio modo* alicui damnum contigerit: cum non ſufficiat, neque directa, neque utilis Legis Aquiliae actio, placuit eum, qui obnoxius fuerit, *in factum actione teneri:* veluti ſi quis miſericordia ductus, alienum ſervum compeditum ſolverit, ut fugeret.

Nach dem Inhalt dieſer Geſetzſtellen ſind alſo drey verſchiedene Fälle in Abſicht auf die Art der Beſchädigung zu unterſcheiden, um die verſchiedenen Benennungen der auf die Lex Aquilia ſich beziehenden Entſchädigungs-Klagen zu erklären.

1) Die Verletzung einer körperlichen Sache iſt unmittelbar durch körperliche Einwirkung und thätlichen Angriff auf dieſelbe geſchehen. Z. E. es hat mir Jemand meinen Hund widerrechtlich todgeſchoſſen [89]). Hier hat *actio Legis Aquiliae directa* Statt.

2) Die Verletzung der fremden körperlichen Sache iſt ohne körperliche Einwirkung des Thäters blos mittelbar durch gegebene Veranlaſſung [90]), oder durch Conſumtion einer fremden fungiblen Sache geſchehen [91]). Hier hat *actio utilis ex Lege Aquilia* Statt. Z. B. es hat Jemand eines Andern Thier eingeſperrt, und verhungern laſſen; oder durch ſeine Schuld hat ſein Thier einem Andern geſchadet;

89) S. Günth. Heinr. von Berg Juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle 1. Th. Nro. XVI. S. 260. ff.

90) *L. 7. §. 6. L. 30. §. 3. D. h. t. L. 53. D. eod.*

91) *L. 30. §. 2. D. eod.* Si quis alienum vinum vel frumentum conſumſerit, non videtur damnum iniuria dare: ideoque *utilis* danda eſt actio. S. NOODT ad L. Aquil. cap. 15.

schadet; oder es hat Jemand aus Versehen eines Andern Wein oder Getraide consumirt.

3) Es ist dem Andern zwar in Rücksicht seiner Sache, aber ohne Verletzung derselben, ein Schaden zugefügt worden. Z. B. es hat mir Jemand ein Thier aus meiner Gewahrsam entkommen lassen. Hier hat blos eine vom Prätor der Billigkeit wegen eingeführte *actio in factum* Statt [92]).

Es ist jedoch noch zu bemerken, daß die *actio Legis Aquiliae utilis* zuweilen auch *actio in factum* in den Gesetzen [93]) genennt wird. Deswegen aber beyde Klagen für eine und ebendieselbe zu halten, wie Meister [94]) will, läßt sich nicht füglich behaupten. Denn die aus den Institutionen angeführte Stelle beweißt zu klar das Gegentheil. Auch Theophilus unterscheidet die Klagen genau in seiner griechischen Paraphrase *ad* §. 16. *I. h. t.* [95]) wenn er sagt:

Κανόνι δὲ γενικῷ δεῖ περιλαβεῖν, πότε ὁ δίρεντος Ακουίλιος ἀρμόσει πότε δὲ ὁ ἀτίλιος. Καὶ τέως εἰδέναι χρή, ὅτι ὁ νόμος ἑαυτόν δίδωσιν, ἐπειδὰν ἀδικηθῇ σῶμα, ἀλλ' εἰ μέν

92) Beyspiele kommen vor *L. 49. pr. D. h. t. L. 27. §. 14. D. eodem. L. 7. §. 7. D. de dolo malo.* S. SUAREZ *de* MENDOZA in Comm. ad L. Aquil. Lib. III. cap. 8. und *Io. Ortw.* WESTENBERG de Causis obligationum Differt. V. Cap. IV. §. 11. sqq.

93) *L. 9. pr. L. 29. §. 7. L. 53. D. h. t. L. 51. D. de furt.* S. SUAREZ *de* MENDOZA in Comm. ad L. Aquil. Lib. III. cap. 7. nr. 11. pag. 164.

94) Diss. de in factum actionibus Cap. III. §. 40 — §. 44. (in *Opuscul.* pag. 398. sq.)

95) Tom. II. pag. 766. der Reitzischen Ausgabe.

ἐκ σώματος ἡ βλάβη προσγενήσεται, τυχὸν γὰρ ψιλαῖς ταῖς ἐμαυτοῦ χερσὶν, ἢ μετὰ ξύλου ἢ λίθου, ἢ ἑτέρου τινὸς ὀργάνου, πλήξας ἀνεῖλον ἢ ἐτραυμάτισα, δίρεκτος ὁ Ακυίλιος ἁρμόσει. Εἰ δέ σῶμα μὲν ἠδικήθη, ἀπὸ σώματος δὲ γέγονεν ἡ βλάβη, δίδοσθαι τὸν ὀυτίλιον Ακυίλιον χρή: οἷον, τὸν ἐμὸν τις οἰκέτην, ἢ τὸ ἐμὸν πέκους, ἐνέκλεισεν ἐπὶ χρόνον τοσοῦτον, ὥστε λιμῷ διαφθαρῆναι. — Εἰ δὲ μηδὲ σώματί τις ἐβλαψεν, οὐδὲ σῶμά ἐςι τὸ ἀδικηθὲν, ξημία δέ τις προσγέγονεν ἐμοὶ, ἀργοῦντος τοῦ δίρέκτου, ἐπειδὴ ὀυκ ἀπὸ σώματος, καὶ ὀυτιλίου δέ, διὰ τὸ μὴ ἀδικηθῆναι σῶμα ἦρεσε τὸν ξημιώσαντα ὑποπίπτειν τῇ in factum. οἷον, τὸν ἐμὸν ὀικέτην, ὡς ἁμαρτάνοντα τι, δεσμοῖς περιέβαλον· τοῦτον ἕτερος οἰκτῳ καὶ φιλανθρωπίᾳ κινηθεὶς, εἰδὼς ὅτι φεύξεται, λύσας ἀφῆκε τῶν δεσμῶν. i. e. *Aſt generali regula comprehendendum eſt, quando directa Lex Aquilia competat, quando utilis: et primo ſciendum eſt, Legem ſe ipſam dare, quum corpus laeſum fuerit, ſi tamen a corpore damnum proceſſerit, forte enim nudis meis manibus, aut ligno vel lapide, aut alio quo inſtrumento percutiens occidi aut vulneravi, Aquilia directa competet. Si corpus quidem laeſum, ſed damnum a corpore non factum fuit, utilem Aquiliam dari oportet: veluti aliquis ſervum meum vel pecus meum tanto tempore incluſit, ut fame perimeretur. — Quod ſi quis neque corpore laeſit, neque corpus laeſum eſt, ſed damnum mihi aliquod evenit, ceſſante directa, quia non a corpore proceſſit, ſed et utili, quia corpus non eſt laeſum, placuit laedentem actioni in factum ſubiacere. Veluti, ſervum meum, ut qui quid deliquit, vinculis conſtrinxi: hunc alius miſericordia et humanitate motus, fugiturum eſſe ſciens, vinculis ſolutum dimiſit.*

Wie aber dieſe Klagen eigentlich von einander unterſchieden ſind, darüber ſind die Rechtsgelehrten nicht einig.

Einige

Einige [96]) ſetzen den Unterſchied darin, daß die *actio Legis Aquiliae utilis*, wie die aus dem Geſetz ſelbſt entſpringende Klage, eine actio ex delicto vel quaſi delicto ſey, die *actio in factum* aber aus der bloßen Billigkeit entſtehe. Jene ſey daher eine Pönalklage, wie aus *L.* 5. *C. h. t.* [97]) verglichen mit *L.* 2. §. 20. *D. de vi bonor. raptor.* erhelle; dieſe eine bloße actio rei perſecutoria. Allein dieſer Unterſchied ſcheint mir nicht gegründet zu ſeyn. Die *actio in factum* wird in den Geſetzen eben ſo, wie die *actio Legis Aquiliae utilis*, behandelt. Daher die häufige Verwechſelung dieſer Benennungen, welche bereits oben bemerkt

96) *Io. Ortw.* WESTENBERG de Cauſis Obligation. Diſſertat. V. Cap. IV. §. 14. ſqq. inprimis §. 33. *Iuſt. Henning* BOEHMER Doctr. de actionibus. Sect. II. Cap. XI. §. 23. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Quaeſt. 12. not. a. Tom. II. pag. 75.

97) *L.* 5. ſagt: De pecoribus tuis, quae per injuriam incluſa fame necata ſunt, vel interfecta, *Legis Aquiliae* actione in duplum agere potes. Daß das Geſetz von der poena inficiationis zu verſtehen ſey, erhellet aus den *Baſilic.* Lib. LX. Tit. 3. Conſtit. 62. Ο θρέμματα ἀποκλείσας ἢ λιμῷ διαφθείρας, κατὲχεται τῷ Ακουιλίῳ ἐξ ἀρνήσεως διπλασιαζομένῳ. i. e. *Qui pecudes incluſit, vel fame necavit, tenetur Aquilia, ex inficiatione duplanda.* Die bey Fabrot Tom. VII. pag. 65. noch folgenden Worte: Καὶ σημείωσαι, ὅτι καὶ ὁ ὡρισμένος Ακουίλιος και τῶν διπλασιαζομένων ἐσί. Πολλοὶ γὰρ τῇ εναντία δόξῃ κεκράτηνται, τὸ νόμιμον τάυτης τῆς διαταξεως ἀγνοοῦντες. i. e. *Et nota, quod utilis etiam Aquilia duplatur. Multi enim contraria opinione ducuntur, huius conſtitutionis ius ignorantes*; ſind, wie SUAREZ in Comm. ad Leg. Aquil. Lib. III. cap. V. Sect. I. nr. 17. et 18. ganz richtig bemerkt, blos eine in den Text eingeſchlichene Note des Thaleläus.

worden ist. Es läßt sich auch aus der bloßen Benennung der actio in factum eben so wenig, als daraus, daß sie eine prätorische Klage ist, folgern, daß sie bloß persecutorisch seyn müsse. Denn es giebt, wie schon Suarez[98]) bemerkt hat, mehrere prätorische actiones in factum, welche Pönalklagen sind. Man denke z. B. an die actio in factum de dejectis et effusis, ferner an die actio in factum ex Edicto de turba[99]). Andere[100]) geben daher folgende unterscheidende Merkmale an. 1) Die *actio in factum* setze immer einen Dolus, oder ein grobes Versehen voraus. Denn alle Texte, in welchen dieser Klage gedacht wird, reden entweder von einem dolus, oder von einer culpa lata[1]). Der Prätor bestrafe auch nur den dolus[2]). Allein die *actio utilis ex Lege Aquilia* habe Statt, wenn dem Beklagten auch nur eine culpa levissima zur Last falle. 2) Die *actio in factum* erlösche, als eine actio praetoria, in einem Jahre, die *actio utilis* aber, als eine actio civilis, erst in 30 Jahren. Allein auch diesen Unterschied halte ich eben so wenig den Gesetzen gemäß. Denn 1) sagt Paulus *L.* 33. §. 1. *D. h. t.* ganz allgemein: In damnis, quae Lege Aquilia non tenentur, *in factum* datur *actio*; und Pomponius bemerkt insonderheit *L.* 11. *D. de praescr. verb.* die *actio in factum* sey *Legi Aquiliae accommodata.* Ist

98) Comment. ad L. Aquil. Lib. III. Cap. V. Sect. I. nr. 16. pag. 158.

99) *L. 4. §. 11. D. de vi bonor. rapt.*

100) de COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 12.

1) *§. fin. I. h. t. L. 49. pr. D. eod. L. 55. §. fin. D. de acquir. rer. domin. L. 7. §. 7. D. de dol. malo.*

2) *L. 1. §. 1. D. Si mensor. fals. mod. dix.*

Ist nun also die actio in factum der Klage aus dem Aquilischen Gesetz völlig nachgebildet, so kann es wohl bey derselben eben so wenig auf einen gewissen Grad der Culpa ankommen, als bey der actio ex Lege Aquilia [3]). Nun ist zwar nicht zu läugnen, daß prätorische Pönalklagen sonst nur ein Jahr dauern [4]). Allein ein sehr wichtiger Grund wider die Anwendung dieser Regel, die ohnehin nicht ohne Ausnahme ist [5]), auf unsere actio in factum, daß diese auch in so kurzer Zeit erlösche, liegt in dem gänzlichen Stillschweigen der Römischen Juristen, deren Fragmente auf uns gekommen sind. Verbindet man nun damit noch den Umstand, daß diese actio in factum der actio Legis Aquiliae völlig nachgebildet ist, und daß die Grenze zwischen der actio utilis und in factum so sehr schwankend ist, so läßt sich gewiß mit vollkommenen Grund behaupten, daß beyde Klagen dieselbigen Eigenschaften und auch dieselbe Dauer haben [6]). Aus allem ergiebt sich also soviel, daß diese Klagen weder in Ansehung ihrer Wirkung, noch Dauer von einander verschieden sind, wie auch Everh. Otto [7]) und Egid von Löhr [8]) mit Recht behaupten.

3) S. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 26. und EMMINGHAUS ad *Coccejum.* h. t. Qu. 12. not. z.

4) *L. 35. pr. D. de obligat. et action. L. 7. §. 2. L. 9. D. Quod falso tut. auct. L. 9. §. 8. D. de reb. auct. iud. possid.*

5) Z. B. die actio praetoria de servo corrupto ist eine actio poenalis et perpetua. *L. 13. pr. D. de servo corrupto.*

6) S. von Löhr Theorie der Culpa §. 13. S. 115.

7) Commentar. ad §. 16. I. h. t. nr. 4.

8) Theorie der Culpa 2. Abschn. §. 14. S. 84. ff. und §. 18. S. 115. ff.

Der einzige Unterschied jener drey Klagen, die die Römer so sorgfältig trennen, scheint also nur in dem verschiedenen gerichtlichen Verfahren zu bestehen, das bey denselben Statt hatte. Dies läßt sich auch aus *L.* 47. §. 1. *D. de negot. gest.* schließen, wo gesagt wird:

Nec refert, *directa* quis, an *utili actione* agat, vel conveniatur: *quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est: maxime, cum utraque actio eiusdem potestatis est, eundemque habet effectum.*

Da nun bey uns alle iudicia in dem angegebenen Sinn extraordinaria sind, so fällt heut zu Tage aller practischer Unterschied der gedachten Klagen nach dem Urtheile der practischen Rechtsgelehrten [9]) hinweg.

§. 702.

Drittes Erforderniß des Aquilischen Gesetzes. *Damnum aestumabile.* Bestimmung des Interesse.

Eine wesentliche Bedingung dieser Klagen ist jedoch die, daß der verursachte Schaden das Vermögen des Beschädigten betreffe, und einer bestimmten Schätzung fähig sey. Ist dies nicht der Fall, so muß mit dem Gegenstande natürlich auch die Klage selbst wegfallen. Die Klage aus dem Aquilischen Gesetz findet daher nicht Statt, wenn ein freyer Mensch widerrechtlich getödet worden ist. Denn hier

9) S. STRYK us. mod. Pand. h. t. §. 6. BRUNNEMANN in Comm. ad L. 7. nr. 11. ad L. 9. nr. 1. et ad L. 11. nr. 14. D. h. t. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XIX. §. 60. MÜLLER ad *Struvium* Exercitat. XIV. Th. 27. not. β. BOEHMER iur. Digestor. h. t. §. 3. u. a. m.

hier ist keine Schätzung, und also auch kein Ersatz möglich [10]). Nach dem ältern teutschen Rechte konnte zwar der Todschläger zur Bezahlung eines sogenannten Wehrgeldes angehalten werden, welches der beleidigten Familie des Entleibten zu ihrer Genugthuung gebührte [11]). Allein an den mehresten Orten ist dieses aufgehoben, und wo es noch im Gebrauch ist, wird es, nach einer gewissen festgesetzten Größe, nur noch in dem Falle entrichtet, wenn der Todschläger mit der Todes- oder einer peinlichen Leibesstrafe verschonet wird, und die Entleibung nicht sowohl in einem Vorsatze, als in der bloßen Fahrlässigkeit ihren Grund hat [12]). Dagegen aber hat es keinen Zweifel, daß den unversorgten Kindern, so wie auch der Witwe des Getödeten, insofern sie dadurch ihres Versorgers wirklich beraubt worden sind, und ihr eigenes Vermögen zu ihrer Verpflegung nicht zureicht, das Recht zusteht, mittelst der actio Legis Aquiliae utilis; oder in factum, standesmäßigen Unterhalt zu fordern, und dieser gebührt ihnen als Entschädigung, die Entleibung mag mit Vorsatz, oder durch eine Unvorsichtigkeit des Thäters geschehen seyn, wenn auch nur die geringste Fahrlässigkeit daran Theil haben sollte. Es wird dabey in Rücksicht der Größe desselben

auf

10) Ulpian sagt *L. 1. §. 5. D. de his, qui effuder.* In homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest, cum periit.

11) S. HERTII Diss. de herede occisi vindice; in EIUS *Commentat. et Opuscul.* Vol. I. Tom. III. *Abr.* KAESTNER Diss. de Wergeldo. *Lipsiae 1742.* HEINECCII Elem. iuris german. T. II. §. 22. 23. et §. 248.

12) S. BERGERI Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 41. not. 1. und HAUBOLD ad *Eundem* c. l. not. t. KOCH Institut. iur. crimin. §. 464.

auf des Entleibten Alter und Leibeskräfte, nicht minder auf den Ertrag seines Verdienstes; in Rücksicht der Dauer aber auf die wahrscheinliche Lebensdauer des Getödeten gesehen, und dasselbe auf solche Art nach der Billigkeit und dem richterlichen Ermessen bestimmt [13]).

Ist ein freyer Mensch verwundet worden, so kann zwar kein Ersatz für die ihm an seinem Körper zugefügte Beschädigung, also kein Schmerzengeld, auch keine Vergütung wegen entstandener Verunstaltung, nach dem Römischen Rechte gefordert werden [14]); sondern dem Beschädigten wird nur eine *actio Legis Aquiliae utilis* gestattet, vermöge welcher er den Ersatz der Cur- und Heilungskosten, und dessen, was er während der Cur in seinen Geschäften versäumt hat, oder noch in der Folge hätte verdienen

13) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. WESTENBERG de Causis Obligation. Diff. V. Cap. IV. §. 35. et §. 36. Struben rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 72. Meister rechtliche Erkenntnisse und Gutachten in peinl Fällen 1. Th. Decis. XXXV. nr. 31. KOCH Institut. iuris crimin. §. 464. in fin. WERNHER lectissim. Commentatt. in Pandect. h. t. §. 9. pag. 371. und vorzüglich Quistorp in den Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 4. Bd. Nr. XIV. oder Nr. LIX. der neuern Ausgabe. Ebenderselbe in den rechtlichen Bemerkungen 1. Th. Nr. CI. Zwar ist de COCCEJI in jure civ. controv. h. t. Qu. 1. anderer Meinung. Man sehe aber EMMINGHAUS ad *Eundem* not. x.

14) *L. ult. D. de his, qui effud. vel dejec.* Cicatricum autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem. Doch findet deshalb die *actio iniuriarum aestimatoria* Statt. §. 9. *I. de iniur. L. 7. §. 8. in f. D. eod.* S. *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. Lib. IX. ad L. ult. D. de his, qui effud. §. 2. pag. 422.

nen können, wenn er nicht durch die erlittene körperliche Verletzung zur Arbeit untauglich geworden wäre, fordern kann[15]).

Es ist nun noch insonderheit zu zeigen übrig, wie der Schaden, auf dessen Ersatz die gedachten Klagen angestellt werden können, zu bestimmen sey? und hier ist zuvörderst zu bemerken, daß nicht blos auf den Werth der beschädigten Sache allein, sondern auch auf alles übrige Interesse Rücksicht genommen werde, mithin nicht nur der positive, sondern auch der negative Schade in Betrachtung komme, in sofern man nämlich auf den entzogenen Gewinn mit Gewisheit rechnen konnte[16]).

L. 21. §. 2. *D. h. t.* Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit, cum occideretur: an potius, quanti interfuit nostra, non esse occisum? *Et hoc iure utimur, ut eius, quod interest, fiat aestimatio.*

Wenn

15) *L. 13. pr. D. h. t.* Liber homo suo nomine *utilem Aquiliae* habet *actionem*: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. — *L. 3. D. Si quadrupes.* Sed impensarum in curationem factarum, et operarum amissarum, quasque amissurus quis esset, inutilis factus. — *L. ult. D. de his, qui dejec.* Cum liberi hominis corpus — laesum fuerit, iudex computat mercedes medicis praestitas caeteraque impendia, quae in curatione facta sunt: praeterea operarum, quibus caruit, aut cariturus est, ob id, quod inutilis factus est. Man vergleiche VOET Comment. h. t. §. 11. NOODT ad Leg. Aquil. Cap. 2. KOCH Institut. iur. crim. §. 426. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1057. und Conci Abhandl. von der körperlichen Verletzung und der Verbindlichkeit den zugefügten Schaden zu ersetzen. Wien 1784.

16) Man sehe hier vorzüglich SUAREZ *de* MENDOZA Commentar. ad L. Aquil. Lib. I. cap. IV. et Sect. I — III.

Wenn daher z. B. aus einem gleichen zwey- oder vierspännigen Zuge ein Pferd widerrechtlich von Jemand getödet worden ist, so kommt nicht blos der Werth dieses Stücks in Anschlag, sondern es kann auch zugleich auf Ersatz dessen geklagt worden, was die übrigen Pferde nun als vereinzelt am Werth verloren haben.

L. 22. *D. h. t.* Proinde, si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi: utilitas venit in hoc iudicium. Item causae corpori cohaerentes aestimantur, si quis ex comoedis, aut symphoniacis, aut gemellis, aut quadriga, aut ex pari mularum unum vel unam occiderit. *Non solum enim peremti corporis aestimatio facienda est, sed et eius ratio haberi debet, quo caetera corpora depretiata sunt* [17]).

§. 10. *l. h. t.* Si ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum quis occiderit; *non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati sunt, qui supersunt.*

Auf den Werth hingegen, welchen der Eigenthümer nach seiner besondern Vorliebe der vernichteten Sache beylegte, kann keine Rücksicht genommen werden, sondern nur der Werth wird gerechnet, den die Sache für jeden Besitzer gehabt haben würde, der sich in den Verhältnissen des Beschädigten befunden hätte.

L. 33. *pr. D. h. t.* Si servum meum occidisti, *non affectiones aestimandas esse puto*: veluti si filium tuum natura-

17) Andere Beispiele kommen vor *L.* 23. §. 4. *L.* 37. §. 1. et *L.* 55. *D. h. t.* Man sehe vorzüglich VOET Comm. h. t. §. 6. und SUAREZ Comment. ad L. Aquiliam Lib. I. cap. IV. Sect. II. pag. 47. sq.

turalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles: *ſed quanti omnibus valeret.* Sextus quoque Pedius ait, *pretia rerum, non ex affectione, nec utilitate ſingulorum, ſed communiter fungi*[18]).

Zu dieſem Werthe wird aber nicht allein der Schade gerechnet, welcher unmittelbar durch die Verletzung entſtanden iſt, ſondern auch jeder, der ohne ſie würde vermieden worden ſeyn.

In Lege enim Aquilia, fährt die angeführte *L.* 33. *h. t.* fort, damnum conſequimur: *et amiſiſſe dicemur, quod aut conſequi potuimus, aut erogare cogimur.*

Auch Juſtinian ſagt §. 10. *I. h. t.*

Illud non ex verbis Legis, ſed ex interpretatione placuit, non ſolum peremti corporis aeſtimationem habendam eſſe, *ſed eo amplius quicquid praeterea, peremto eo corpore, damni nobis illatum fuerit.* Veluti ſi ſervum tuum heredem ab aliquo inſtitutum, ante quis occiderit, quam is iuſſu tuo hereditatem adierit: *nam hereditatis quoque amiſſae rationem eſſe habendam conſtat.*

Eben ſo Ulpian *L.* 23. *pr. D. h. t.*

Inde

18) Das Wort *fungi*, welches hier, ſo wie auch *L.* 63. *pr. D. ad Leg. Falcid.* von pretiis rerum gebraucht wird, ſcheint mehreren verdächtig. S. *Nic.* CATHARINUS Obſervation. libro c. 7. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom. I. pag. 487.) und DUARENUS in Comm. ad L. Falcid. cap. 8. Allein der Ausdruck iſt ächt römiſch und nichts daran zu ändern. Dicuntur *pretia rerum fungi*, ſagt ganz richtig *Iac.* VOORDA in Commentar. ad Leg. Falcidiam. Cap. VIII. §. 19. not. a. pag. 184. *quum uſum ſui praebent in conſtituenda bonorum quantitate.*

Inde *Neratius* ſcribit, ſi ſervus heres inſtitutus occiſus ſit, *etiam hereditatis aeſtimationem venire* [19]).

Ein blos ungewiſſer Gewinn kommt hingegen in keine Betrachtung.

L. 29. §. 3. *D. h. t. Labeo* et *Proculus*, circa retia piſcatorum, in quae navis inciderat, exiſtimarunt, ſi culpa nautarum id factum eſſet, Lege Aquilia agendum, ſed ubi damni injuria agitur, ob retia, *non piſcium, qui ideo capti non ſunt, fieri aeſtimationem; cum incertum fuerit, an caperentur.*

Wenn ſich der wirklich zugefügte Schaden in dem Augenblicke der Beſchädigung noch nicht völlig äuſſern kann, ſo iſt der Unterſchied wichtig, ob derſelbe ſchon jetzt gewiß iſt, oder doch in der Folge gewiß werden kann, oder nicht. In jenem Falle wird es ſo angeſehen, als wenn die Handlung gleich von Anfang ihre volle Wirkung hervorgebracht hätte; in dieſem aber wird auf die ungewiſſe Folge gar keine Rückſicht genommen. Dieſer Unterſchied liegt

19) Dieſen Stellen iſt *L. 63. D. ad Leg. Falcid.* nicht entgegen. Denn wenn es daſelbſt heißt: Sed nec heredem *poſt mortem teſtatoris* inſtitutum ſervum tanto pluris eſſe, quo pluris venire poteſt, *Pedius* ſcribit: — cum multis cauſis accidere poſſit, ne iuſſu noſtro adeat; ſo iſt dies blos in Beziehung auf die Falcidia zu verſtehen, bey deren Berechnung nämlich auf den Zuſtand der Erbſchaft zur Zeit des Todes des Teſtirers geſehen wird, ohne alle Rückſicht auf eine nach dem Tode deſſelben entſtehende Vermehrung oder Verminderung derſelben. *L. 30. pr. L. 56. pr. L. 73. pr. D. ad L. Falcid.* S. VOORDA Comm. ad L. Falcid. Cap. VIII. §. 19. pag. 185. und SUAREZ Comment. ad L. Aquil. Lib. I. cap. 4. Sect. I. nr. 7. ſqq.

liegt in der Natur der Sache selbst. Denn nur in jenem Falle ist wirklich in dem Augenblicke der Handlung Schaden zugefügt worden; in diesem aber ist nur ein ungewisser und zukünftiger Schaden vorhanden, der eben um deswillen gar nicht geschätzt werden kann [20]). Zur Erläuterung des ersten Falles führen die Gesetze das Beyspiel an, wenn ein Sklave tödlich verwundet worden, der erst eine Zeitlang nachher an dieser Wunde gestorben ist. Hier wird es so angesehen, als wenn er in dem Augenblick getödet worden wäre, da er die tödliche Wunde erhielt [21]). Wie aber, wenn der Sklave, noch ehe er an den Folgen seiner Wunde starb, von einem Andern wäre getödet worden? Hierüber waren die Römischen Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Celsus und Marcellus, denen Ulpian [22]) beystimmt, behaupteten, der erste hafte nur wegen der Verwundung, der letzte aber wegen der Tödung. Der Unterschied bestand darin, daß gegen den letzten aus dem ersten Capitel der Lex Aquilia, gegen den ersten aber nur aus dem dritten Capitel geklagt werden konnte, welches auf die Art der Aestimation einen bedeutenden Einfluß hatte, wie der folgende §. lehren wird. Julian [23]) hingegen war

20) S. von Löhr Theorie der Culpa 2. Absch. §. 20. S. 123. ff.

21) *L. 21. §. 1. L. 46. et L. 47. D. h. t.*

22) *L. 11. §. 3. D. h. t.* CELSUS scribit: *si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit: priorem quidem non teneri, quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit: posteriorem teneri, quia occidit*, quod et MARCELLO videtur, *et est probabilius.*

23) *L. 51. D. h. t.* Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum: medio deinde tempore heres institutus est: et postea ab alio ictus decessit. Quaero, an cum utroque de occi-

so

war der Meinung, daß in dem vorliegenden Falle gegen beyde wegen der Entleibung aus dem Aquilischen Gesetz geklagt werden könne. Beyde Meinungen suchen nun zwar Voet[24]) und Suarez[25]) dadurch zu vereinigen, daß sie das Fragment des Julians von dem Falle verstehen, wo die dem Sklaven von dem Ersten beygebrachte Wunde absolut lethal ist, das Fragment des Ulpians hingegen von einem solchen Falle, wo die erste Wunde zwar gewöhnlich, aber doch nicht schlechterdings tödlich ist. Allein die Vergleichung beyder Stellen zeigt nur zu deutlich, daß Ulpian die Meinung des Julians verworfen habe, und es scheint, wie auch Cujaz[26]) bemerkt hat, daß Julian in der *L.* 51. blos darum so mühsam seine Meinung zu beweisen

so Lege Aquilia agi possit? Respondit: occidisse dicitur vulgo quidem, qui mortis causam quolibet modo praebuit: sed Lege Aquilia is demum teneri visus est, qui adhibita vi, et quasi manu causam mortis praebuisset: tracta videlicet interpretatione vocis a caedendo et a caede. Rursus Aquilia Lege teneri existimati sunt, non solum qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset, aliquem vita excessurum. *Igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit, eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat: statuendum est, utrumque eorum Lege Aquilia teneri.* Idque est consequens auctoritati veterum, qui, cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non appareret, cuius ictu periisset, omnes Lege Aquilia teneri iudicaverunt.

24) Commentar. ad Pand. h. t. §. 9.

25) Commentar. ad Leg. Aquil. Lib. I. Cap. III. Sect. 3. pag. 42. sqq.

26) Lib. LXXXVI. Digestor. Iuliani ad L. cit. 51. und Ebenderselbe Lib. XXVII. Observation. cap. 13.

weisen gesucht habe, weil Celsus anderer Meinung war, den er hier, ohne ihn jedoch zu nennen, zu widerlegen sich bemühte. Julian hatte zwar immer den wichtigen Grund für seine Meinung, daß eine unrechtliche Handlung keine Entschuldigung für eine andere enthalten könne; allein der Grund, den man ihm entgegensetzte, daß eine Wunde, die an sich tödlich gewesen seyn würde, nicht mehr als eine solche angesehen werden könne, wenn eine spätere Verwundung die unmittelbare und augenblickliche Ursache des Todes wurde, war allerdings überwiegend. Julian scheint auch in der Folge seine Meinung selbst wieder geändert zu haben, wie Gerhard Noodt[27]) aus einer andern Stelle Ulpians nicht undeutlich erwiesen hat.

L. 15. §. 1. *D. h. t.* sagt nämlich Ulpian:

Si servus *vulneratus mortifere*, postea ruina vel naufragio, *vel alio ictu* maturius perierit: *de occiso agi non posse*, *sed quasi de vulnerato.* Sed si manumissus vel alienatus ex vulnere periit, *quasi de occiso agi posse*, IULIANUS ait. Haec ita tam varie, *quia verum est*, *eum a te occisum tunc*, *cum vulnerabas*: *quod*, *mortuo eo*, *demum apparuit*; *in superiore non est passa ruina apparere*, *an sit occisus.*

Der zweyte Fall kam vorzüglich bey Erbschaften in Betrachtung. Z. B. ein Sklave war getödet worden, dessen Existenz zur Erfüllung einer Testaments-Bedingung nöthig war. Hier kam es darauf an, ob sich der Vorfall noch

27) Ad. Leg. Aquil. libr. sing. cap. 10. *Operum* Tom. I. pag. 155. Eben dieser Meinung ist auch POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. V. not a. pag. 280.

war der Meinung, daß in dem vorliegenden Falle gegen beyde wegen der Entleibung aus dem Aquiliſchen Geſetz geklagt werden könne. Beyde Meinungen ſuchen nun zwar Voet[24]) und Suarez[25]) dadurch zu vereinigen, daß ſie das Fragment des Julians von dem Falle verſtehen, wo die dem Sklaven von dem Erſten beygebrachte Wunde abſolut lethal iſt, das Fragment des Ulpians hingegen von einem ſolchen Falle, wo die erſte Wunde zwar gewöhnlich, aber doch nicht ſchlechterdings tödlich iſt. Allein die Vergleichung beyder Stellen zeigt nur zu deutlich, daß Ulpian die Meinung des Julians verworfen habe, und es ſcheint, wie auch Cujaz[26]) bemerkt hat, daß Julian in der *L.* 51. blos darum ſo mühſam ſeine Meinung zu beweiſen

ſo Lege Aquilia agi poſſit? Reſpondit: occidiſſe dicitur vulgo quidem, qui mortis cauſam quolibet modo praebuit: ſed Lege Aquilia is demum teneri viſus eſt, qui adhibita vi, et quaſi manu cauſam mortis praebuiſſet: tracta videlicet interpretatione vocis a caedendo et a caede. Rurſus Aquilia Lege teneri exiſtimati ſunt, non ſolum qui ita vulneraſſent, ut confeſtim vita privarent, ſed etiam hi, quorum ex vulnere certum eſſet, aliquem vita exceſſurum. *Igitur ſi quis ſervo mortiferum vulnus inflixerit, eundemque alius ex intervallo ita percuſſerit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat: ſtatuendum eſt, utrumque eorum Lege Aquilia teneri.* Idque eſt conſequens auctoritati veterum, qui, cum a pluribus idem ſervus ita vulneratus eſſet, ut non appareret, cuius ictu periiſſet, omnes Lege Aquilia teneri iudicaverunt.

24) Commentar. ad Pand. h. t. §. 9.

25) Commentar. ad Leg. Aquil. Lib. I. Cap. III. Sect. 3. pag. 42. ſqq.

26) Lib. LXXXVI. Digeſtor. Iuliani ad L. cit. 51. und Ebenderſelbe Lib. XXVII. Obſervation. cap. 13.

weisen gesucht habe, weil Celsius anderer Meinung war, den er hier, ohne ihn jedoch zu nennen, zu widerlegen sich bemühte. Julian hatte zwar immer den wichtigen Grund für seine Meinung, daß eine unrechtliche Handlung keine Entschuldigung für eine andere enthalten könne; allein der Grund, den man ihm entgegensetzte, daß eine Wunde, die an sich tödlich gewesen seyn würde, nicht mehr als eine solche angesehen werden könne, wenn eine spätere Verwundung die unmittelbare und augenblickliche Ursache des Todes wurde, war allerdings überwiegend. Julian scheint auch in der Folge seine Meinung selbst wieder geändert zu haben, wie Gerhard Noodt[27]) aus einer andern Stelle Ulpians nicht undeutlich erwiesen hat.

L. 15. §. 1. *D. h. t.* sagt nämlich Ulpian:

Si servus *vulneratus mortifere*, postea ruina vel naufragio, *vel alio ictu* maturius perierit: *de occiso agi non posse*, *sed quasi de vulnerato.* Sed si manumissus vel alienatus ex vulnere periit, *quasi de occiso agi posse*, IULIANUS ait. Haec ita tam varie, *quia verum est*, *eum a te occisum tunc*, *cum vulnerabas*: *quod*, *mortuo eo*, *demum apparuit*; *in superiore non est passa ruina apparere*, *an sit occisus.*

Der zweyte Fall kam vorzüglich bey Erbschaften in Betrachtung. Z. B. ein Sklave war getödet worden, dessen Existenz zur Erfüllung einer Testaments-Bedingung nöthig war. Hier kam es darauf an, ob sich der Vorfall noch

27) Ad. Leg. Aquil. libr. sing. cap. 10. *Operum* Tom. I. pag. 155. Eben dieser Meinung ist auch POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. V. not a. pag. 280.

noch vor dem Absterben des Testirers ereignet hatte, oder erst nach desselben Tode. In dem ersten Falle konnte der Werth der Erbschaft nicht mit in Anschlag gebracht werden, weil es hier nicht das Leben des Sklaven allein ist, wovon die Erwerbung der Erbschaft abhängt, und es sich nicht mit Gewißheit bestimmen läßt, ob kein anderer Grund dieselbe würde gehindert haben [28]). Ueberdem ward bey Bestimmung des Interesse rückwärts gerechnet, wo noch gar nicht von einer Erbschaft die Frage seyn konnte [29]). In dem letztern Falle hingegen kam der Werth der Erbschaft allerdings in Betracht, weil wegen der Tödung des Sklavens nun die Bedingung des Testaments nicht erfüllt werden konnte [30]).

L. 23. § 2. *D. h. t.* Idem *Iulianus* scribit: si institutus fuero sub conditione, *si Stichum manumisero*, et Stichus sit occisus *post mortem testatoris*, in aestimationem etiam hereditatis, pretium me consecuturum; propter occisionem enim defecit conditio. *Quod si vivo*

28) Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum, sagt Ulpian *L. 4. D. de adim. legat.* Hat der Testirer seinen Willen unabgeändert gelassen, so wird ohnehin die Bedingung für erfüllt gehalten. *L. 8. §. 7. D. de condition. institut. L. 54. §. 2. D. de legat. I.* S. VOET in Comment. ad Pand. T. II. Lib. XXVIII. Tit. 7. §. 20. BRÜSSEL de Conditionib. Lib. III. Tit. 4. nr. 5. pag. 398.

29) S. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XLV. not. f. pag. 288. und AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 24. not. 30. sqq.

30) Mittelst dieser Distinction hat CUJACIUS Observation. Lib. XVII. cap. 22. mehrere Fälle entschieden, und manche Gesetzstellen mit einander zu vereinigen gesucht.

vivo teſtatore occiſus ſit, hereditatis aeſtimationem ceſſare: quia retrorſum, quanti plurimi fuit, inſpicitur [31]).

§. 703.

Die Klage aus dem Aquiliſchen Geſetz iſt eine Pönalklage. Verſchiedene Beſtimmung der Strafe nach dem Unterſchiede des erſten und dritten Capitals der L. A.

Da das damnum iniuria datum als ein Delict behandelt wird [32]), ſo kann die demſelben entſprechende Klage nicht anders als pönal ſeyn [33]). Jedoch iſt ſie keine reine Pönalklage, ſondern ſie gehört zu denjenigen Klagen, welche tam poenae, quam rei perſequendae cauſa comparatae ſind, und welche daher *actiones* ex delictis *mixtae* genennt werden [34]). Erſatz des entſtandenen Schadens iſt zwar immer Hauptzweck der Klage wegen eines damni iniuria dati; allein es wird dabey nicht blos auf den Werth geſehen, den die Sache im Augenblick der Beſchädigung hat, ſondern es wird ein früherer Zeitpunct angenommen, wenn etwa die Sache vorher einen höhern Werth gehabt hätte; und dieſer iſt nach der verſchiedenen Art der Beſchädigung verſchieden. Es kommt nun alſo auf den näheren

31) Man vergleiche über dieſes Fragment vorzüglich SUAREZ Comm. ad L. Aquil. Lib. I. cap. IV. Sect. I. nr. 21. ſqq. pag. 46.

32) *Princ. I. de obligat. quae ex delicto naſc. L. 4. D. de obligat. et actionib.*

33) *L. 111. §. 1. D. de div. reg. iuris. L. 11. §. 2. in fin. D. h.t.* SUAREZ Comm. ad L. Aquil. Lib. I. cap. IV. Sect. V. nr. 19. ſqq. pag. 54. und von Löhr Theorie der Culpa. 2. Abſchn. §. 18. S. 105. ff.

34) *§. 18. et 19. I. de actionib. §. 9. I. de Lege Aquil.*

Inhalt der einzelnen Capitel des Aquilischen Gesetzes an, in welchen der Zeitraum bestimmt ist, bis auf welchen zurückgerechnet werden kann. Die *Lex Aquilia* verordnete nämlich

I. im ersten Capitel, daß, wer eines Andern Sklaven oder *quadrupedem pecudem* widerrechtlich getödet hätte, dem Eigenthümer den höchsten Werth ersetzen sollte, den die Sache im letzten Jahre gehabt hätte. Die Worte selbst hat uns Cajus L. 2. *D. h. t.* aufbehalten, wo sie folgendermaßen lauten:

Lege Aquilia capite primo cavetur: *Qui servum servamve, alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.*

Dieses Capitel erfordert also einen solchen Schaden, der durch widerrechtliche Tödung eines fremden Sklaven oder *quadrupedis pecudis* geschehen ist. Viele Rechtsgelehrten sind durch die Lesart *quadrupedem vel pecudem* [35]) verleitet worden, zu glauben, es sey ein Unterschied zwischen *quadrupedes* und *pecudes* gewesen. Unter jenen hätten nämlich die Römer Zug- und Lastthiere, unter diesen aber solche Thiere verstanden, welche in Heerden geweidet werden. Wenn also das erste Capitel von quadrupedes pecudes

35) S. *Corn. van* BYNCKERSHOEK Opuscul. de rebus mancipi Cap. 6. (in *Opuscul. Lugduni Batav. 1719. 4. edit.* pag. 118. sqq.) und in Obsevat. iuris Rom. Lib. IV. cap. 18. Diesem haben die meisten nachgeschrieben, ohnerachtet MEERMAN in seiner Diss. de rebus mancipi cap. 58. diese Meinung längst wiederlegt hat. Man sehe hier Hugo civilistisches Magazin 1. Bd. S. 272. ff.

cudes rede, so sey dies nicht so zu verstehen, als ob nur solche Thiere dahin gehörten, die zugleich pecudes und quadrupedes sind, z. E. Pferde; sondern es sey genug, wenn ein Thier eins von beyden, pecus oder quadrupes sey. Daher gehörten z. B. auch die Schweine in das erste Capitel des Aquilischen Gesetzes, die zwar pecudes, aber keine quadrupedes sind. Allein die meisten Ausleger [36]) sind darin einverstanden daß die gemeine Leseart, wenn sie auch mit der Florentinischen übereinstimmt, fehlerhaft sey, und statt der Worte: quadrupedem *vel* pecudem vielmehr *quadrupedemve pecudem* gelesen werden müsse. Diese Emendation hat theils den Zusammenhang, da *servum servamve* vorhergeht, theils die Uebersetzung in den Basiliken [37]), theils alle folgende Stellen [38]), wo immer von pecudes oder quadrupedes, quae pecudum numero sunt, die Rede ist, theils die Auctorität des Kaisers Justinian [39]) für sich, und man kann sie also für

36) HOTOMAN Observation. iur. VII. 12. BALDUINUS de Lege Aquilia pag. 160. *edit. Halens.* SUAREZ Comm. ad L. Aquil. Lib. I. cap. 1. nr. 2. sqq. und NOODT ad eand. Leg. Cap. 2. Man sehe auch Weber zu Höpfners Commentar §. 1051. Not. (*). S. 1068.

37) Tom. VII. Lib. LX. Tit. 3. pag. 42. wo die Worte *quadrupedemve pecudem* so übersetzt sind: ἢ τετραποδον ἀγεληδόν ἰθυνόμενον, d. h. nach Fabrot, *vel quadrupedem gregatim actam.*

38) *L.* 2. §. 2. *D. h. t.* sagt Ulpian ausdrücklich: Ut igitur apparet, servis exaequat *quadrupedes, quae pecudum numero sunt, et gregatim habentur: veluti oves, caprae, boves, equi, muli, asini.* Add. *L.* 27. §. 5. *D. eodem.*

39) *Princ. I. h. t.* Damni iniuriae actio constituitur per Legem Aquiliam, cuius primo capite cautum: *Ut si quis alienum hominem,*

ganz unzweifelhaft ansehen. *Quadrupedes pecudes*, von welchen das erste Capitel des Aquilischen Gesetzes redet, sind also solche vierfüßige Thiere, welche man heerdenweise zu haben und zu weiden pflegt, als Ziegen, Schaafe, Ochsen, Kühe, Pferde, Esel, Maulthiere, Schweine. In Ansehung der letztern war man zwar anfangs zweifelhaft, ob man sie sollte zu den pecudes rechnen[40]). Der Grund scheint der gewesen zu seyn, weil man sie für ferae halten wollte, theils wegen der nahen Verwandschaft zwischen zahmen und wilden Schweinen, theils weil sich auch von ihnen, so lange sie leben, kein Gebrauch in der Wirthschaft gedenken läßt[41]). Indessen fand Labeo's Meinung Beyfall, und man rechnete die Schweine darum unter die pecudes, weil sie zu dem Weidevieh gehören. Sonderbar ist freylich der Beweis, den Justinian[42]) dafür aus Homers Odissee hernimmt, da er sich doch wohl schicklicher auf das Zeugniß eines der Land-

minem, alienamve quadrupedem, quae pecudum numero sit, injuria occiderit: quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur. und §. 1. fügt Justinian noch hinzu: Quod autem non praecise de *quadrupede*, sed de ea tantum, *quae pecudum numero est*, cavetur, eo pertinet, ut neque de feris bestiis, neque de canibus cautum esse intelligamus; sed de iis tantum, *quae gregatim proprie pasci dicuntur*; quales sunt equi, muli, asini, oves, boves, caprae.

40) *L.* 2. §. 2. *D. h. t.* Sed an *sues* pecudum appellatione continentur, quaeritur? Et recte *Labeoni* placet, contineri.

41) S. Hugo civilist. Magazin 1. Band S. 275. folg.

42) §. 1. *I. h. t.* Justinian beruft sich jedoch auf Marcian, in dessen Institutionen auch die Stelle aus Homer angeführt war. Sie steht *L.* 65. §. 4. *D. de legat. III.*

Landwirthschaft kundigen Varro [43]) hätte berufen können, wenn es ja einer Auctorität bedurft hätte, daß man auch Schweine heerdenweise zu weiden pflegt. Ulpians [44]) Worte: *Quadrupedes, quae dorso collove domantur*, können nun keine weitere Mißdeutung veranlassen, da sie offenbar keine Definition, sondern eine bloße Restriction enthalten, und diejenige Art der *Quadrupedum* bestimmen sollen, welche zu den rebus mancipi gerechnet wurden. Wilde Thiere, als Bären, Löwen, Leoparden; jedoch mit Ausnahme der Elephanten und Camele, weil man diese zum Lastfragen gebrauchte [45]); nicht minder alle vierfüßige zahme Thiere, welche nicht zu den pecudes gerechnet wurden, z. B. Hunde und Katzen; endlich alle zweyfüßige Thiere gehörten also nicht in das erste Capitel des Aquilischen Gesetzes [46]).

Die in diesem ersten Capitel bestimmte Strafe besteht nun in dem Ersatz des höchsten Werths, den die Sache in dem ganzen nächst verflossenen Jahre, von Zeit der Tödung an zurückgerechnet, hatte.

L. 21. *pr. et* §. 1. *D. h. t.* Ait Lex: *Quanti* (*is homo*) *in eo anno plurimi fuisset.* Quae clausula aestimationem habet damni, quod datum est. *Annus autem retrorsus computatur, ex quo quis occisus est.*

43) *Lib. II. de Re rustica cap. 3. et 4.*

44) *Fragm. Tit. XIX.* §. 1. in SCHULTINGII *Iurisprud. Antejustin.* pag. 619.

45) Nach PLINIUS *Hist. nat.* Lib. VIII. Cap. 8. und SENECA Epist. 90. hatten die Römer auch ganze Heerden von Camelen und Elephanten.

46) *§. 1. I. h. t. L. 2. §. 2. D. eodem.*

L. 23. §. 3 *D. eodem.* Idem *Iulianus* ſcribit, aeſtimationem hominis occiſi ad id tempus referri, *quo plurimi in eo anno fuit*, et ideo, et ſi pretioſo pictori pollex fuerit praeciſus, et intra annum, quo praecideretur, fuerit occiſus, poſſe eum [47]), Aquilia agere: *pretioque eo aeſtimandum, quanti fuit prius, quam artem cum pollice amiſiſſet.*

Man bemerkt es in den Commentaren über die Lex Aquilia [48]) durchgehends als Etwas ganz Beſonderes, und Ungewöhnliches, daß hier bey Beſtimmung der Aeſtimation rückwärts, ja auf eine Zeit zurückgerechnet wird, wo noch keine obligatio entſtanden war. Dies kommt freylich ſonſt

in

47) Statt *eum* lieſet *Iac.* CUJACIUS Obſervation. Lib. XXVII. c. 2. *herum* i. e. dominum. Dieſe Emendation, welche wirklich ſehr ſinnreich iſt, billigt auch NOODT ad L. Aquil. c. 12. Hingegen lieſet Haloander: *poſſe Aquilia agi.* Allein SUAREZ *de* MENDOZA in Comm. ad L. Aquil. Lib. I. cap. 5. nr. 5. pag. 58. ſtreitet für die unveränderte Beybehaltung der gemeinen Leſeart. Denn das ſieht ja wohl Jeder von ſelbſt, daß *eum* auf keinen Andern, als auf dominum gehen kann. *Interpretis officium eſt*, ſagt hier Suarez ſehr gründlich, *interdum quaedam referre non ad ea, quae expreſſa ſunt; ſed ad ea, quae tacite inſunt, ut ſenſus magis ſpectandus ſit, quam verba amplectenda.* *L.* 3. §. 9. *D. de adim. leg.* Wir finden es oft in den Fragmenten der Pandecten, daß die Röm. Rechtsgelehrten ſich nicht ſo genau an die Regeln der Grammatic gebunden haben, um ſich nicht zuweilen auch eine Abweichung von der gewöhnlichen Conſtruction zu erlauben. Man findet ähnliche Fälle *L.* 1. *D. de conſtitut. Princip.* *L.* 1. §. *ult.* *D. de peric. et commod. rei vend.* *L.* 6. §. 1. *D. de extraord. crim.*

48) Man ſehe BALDUIN de Lege Aquilia pag. 173. *edit. Halens.* SUAREZ Comm. ad eand. Leg. Lib. I. cap. IV. Sect. V. pag. 53.

in keinem andern Gesetz vor. Denn in andern Fällen, wo von Bestimmung der Aestimation die Frage ist, wird entweder auf die Zeit des Contracts[49]), oder auf die Zeit der Litiscontestation[50]), oder auf die Zeit des eingetretenen Verzugs[51]), oder auf die Zeit der rei iudicatae[52]) gesehen. Ja selbst wenn ex causa delicti geklagt wird, und es wird auch die Aestimation auf die vergangene Zeit zurückgerechnet; so überschreitet sie doch nie die Zeit des begangenen Delicts, z. B. bey der *actio servi corrupti*[53]), und *condictio furtiva*[54]). Allein der Umstand, daß hier rückwärts gerechnet wird, erklärt sich sehr leicht. Denn soll einmal ein anderer Zeitpunct berücksichtiget werden, als der, wo die widerrechtliche Handlung vorgenommen wurde, so muß dies ein vergangener seyn, da sich sonst die Größe der obligatio sehr selten mit Gewisheit ausmitteln lassen würde. Sehr natürlich ist es aber doch gewiß, die aestimatio nicht auf den letzten Zeitpunct zu beschränken, da es ohnehin kaum möglich ist, alles Interesse zu beweisen, und der Beschädigte doch zuverlässig eher Begünstigung verdient, als der Schadende. Diese Erklärung des Herrn von Löhr[55]) von der aestimatio quanti plurimi retrorsus computanda scheint mir weit natürlicher zu seyn, als

49) *L. 3. §. 3. D. de act. emti vend.*

50) *L. 37. D. Mandati. L. 18. D. de Novat.*

51) *L. 3. in fin. D. de condict. tritic.*

52) *L. 3. §. 2. D. Commodati.*

53) *L. 5. ult. D. de servo corrupt.*

54) *L. 8. §. 1. L. 13. D. de condict. furt. L. 50. L. 67. §. 2. D. de furt.*

55) Theorie der Culpa. §. 20. S. 122.

als wenn Balduin[56]) ſagt: AQUILIUS *noſter deterreri homines voluit ab iniuria, et licet valde ſit ſeverus, qui tam graviter culpam etiam leviſſimam caſtigat: tamen viſum eſt hoc utile, tanto magis ut caverent, ne dammum alteri darent, quo magis dari ſaepe ſolet, niſi ſi magna cautio adhibeatur.*

Bey tödlichen Verwundungen, aus denen zwar der Tod gewiß, aber doch erſt nach einiger Zeit, erfolgte, wird das Jahr von Zeit der Verwundung an zurückgerechnet, als wenn ſchon damals gleich die Tödung geſchehen wäre[57]).

Zuweilen kann jedoch auch bey der Aeſtimation nach dem Aquiliſchen Geſetz auf die Zeit zu ſehen ſeyn, da die Verletzung geſchahe; nämlich wenn gerade zu der Zeit die Sache den höchſten Werth gehabt hätte. Daher ſagt Paulus[58]): Sufficiet, fuiſſe pluris, *cum occideretur, vel intra annum.* Denn daß das Zurückrechnen nicht ſchlechterdings nothwendig ſey, ſondern nur dann Statt finde, wenn die Sache vor der Tödung einen höhern Werth gehabt haben ſollte, lehrt folgende Stelle der Inſtitutionen[59]).

Sed et legis Aquiliae actio de damno iniuria dato mixta eſt, non ſolum ſi adverſus inficiantem in duplum agatur, ſed *interdum* et ſi in ſimplum quisque agat: veluti ſi quis hominem claudum aut luſcum occiderit, qui in eo anno integer et magni pretii fuerit: *tanti enim damnatur, quanti is homo eo in anno plurimi fuerit*[60]).

Uebri-

56) De Lege Aquilia pag. 173. *edit. Halens.*

57) *L. 21. §. 1. D. h. t.*

58) *L. 55. D. eod.*

59) *§. 19. I. h. t.*

60) THEOPHILUS in Paraphr. gr. ad §. 19. Inſtit. de actionib. macht hier noch die Bemerkung: Ἰδοὺ ἐνταῦθα, εἰ καὶ εἰς ἁπλοῦν κινεῖται,

Uebrigens war das Jahr, welches hier zurückgerechnet wird, zwar eigentlich das zur Zeit der Aquilischen Gesetzgebung noch üblige Numäische, welches aus 355 Tagen bestand [61]). Man hätte es auch, da hier von einem Strafgesetz die Rede ist, dabey bewenden lassen sollen, *Interpretatione enim legum poenae molliendae sunt potius, quam asperandae* [62]). Allein durch die Interpretation der Römischen Rechtsgelehrten, wodurch überhaupt das Aquilische Gesetz auf mancherley Art erweitert wurde, ward das Julianische Jahr, welches aus 365 Tagen besteht, substituirt. Dieser Berechnung gedenkt Julian [63]) ausdrücklich, wenn er sagt: *repetitis ex die vulneris trecentum sexaginta quinque diebus.* Der allgemeine Nutzen dieses Gesetzes rechtfertigte auch eine solche Ausdehnung vollkommen [64]).

II. Ueber den Inhalt des zweyten Capitels des Aquilischen Gesetzes läßt sich mit Gewißheit nichts bestimmen. Ulpian

κινεῖται, ὁμως ἔχει καὶ ποινῆς ἀπαίτισιν. τοῦ γὰρ ἀναιρεθέντος οἰκέτου ἐσθ' ὅτε ἄξιος ὄντος κατὰ τὸν καιρὸν τῆς ἀναιρέσεως ί νομισμάτον, ἡ καταδίκη γινεται εἰς ρ' νομισματα, διὰ τὸ τοσούτου ἄξιον αὐτὸν γεγενῆσθαι κατ' ἐκεῖνον τὸν καιρὸν, ἐν ᾧ ὑγιὴς ἦν. i. e. *Ecce hic, etsi in simplum instituitur actio, tamen et poenae habet exactionem: interdum enim, quum servus peremtus caedis tempore valeret X. solidis, condemnatio fit in C. quia tanti fuerat dignus eo tempore, quo incolumis erat.*

61) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 269. S. 575.

62) *L. 42. D. de poenis. L. 155. §. 1. D. de div. regul. iuris.*

63) *L. 51. §. 2. D. h. t.*

64) S. SUAREZ Comm. ad L. Aquil. Lib. I. Cap. IV. Sect. VI. pag. 55. sqq.

als wenn Balduin[56]) ſagt: AQUILIUS *noſter deterreri homines voluit ab iniuria, et licet valde ſit ſeverus, qui tam graviter culpam etiam leviſſimam caſtigat: tamen viſum eſt hoc utile, tanto magis ut caverent, ne dammum alteri darent, quo magis dari ſaepe ſolet, niſi ſi magna cautio adhibeatur.*

Bey tödlichen Verwundungen, aus denen zwar der Tod gewiß, aber doch erſt nach einiger Zeit, erfolgte, wird das Jahr von Zeit der Verwundung an zurückgerechnet, als wenn ſchon damals gleich die Tödung geſchehen wäre[57]).

Zuweilen kann jedoch auch bey der Aeſtimation nach dem Aquiliſchen Geſetz auf die Zeit zu ſehen ſeyn, da die Verletzung geſchahe; nämlich wenn gerade zu der Zeit die Sache den höchſten Werth gehabt hätte. Daher ſagt Paulus[58]): Sufficiet, fuiſſe pluris, *cum occideretur, vel intra annum.* Denn daß das Zurückrechnen nicht ſchlechterdings nothwendig ſey, ſondern nur dann Statt finde, wenn die Sache vor der Tödung einen höhern Werth gehabt haben ſollte, lehrt folgende Stelle der Inſtitutionen[59]).

Sed et legis Aquiliae actio de damno iniuria dato mixta eſt, non ſolum ſi adverſus inficiantem in duplum agatur, ſed *interdum* et ſi in ſimplum quisque agat: veluti ſi quis hominem claudum aut luſcum occiderit, qui in eo anno integer et magni pretii fuerit: *tanti enim damnatur, quanti is homo eo in anno plurimi fuerit*[60]).

Uebri-

56) De Lege Aquilia pag. 173. *edit. Halens.*

57) *L. 21. §. 1. D. h. t.*

58) *L. 55. D. eod.*

59) *§. 19. I. h. t.*

60) THEOPHILUS in Paraphr. gr. ad §. 19. Inſtit. de actionib. macht hier noch die Bemerkung: Ἰδοὺ ἐνταῦθα, εἰ καὶ εἰς ἁπλοῦν κινεῖται,

Uebrigens war das Jahr, welches hier zurückgerechnet wird, zwar eigentlich das zur Zeit der Aquilischen Gesetzgebung noch üblige Numäische, welches aus 355 Tagen bestand [61]). Man hätte es auch, da hier von einem Strafgesetz die Rede ist, dabey bewenden lassen sollen, *Interpretatione enim legum poenae molliendae sunt potius, quam asperandae* [62]). Allein durch die Interpretation der Römischen Rechtsgelehrten, wodurch überhaupt das Aquilische Gesetz auf mancherley Art erweitert wurde, ward das Julianische Jahr, welches aus 365 Tagen besteht, substituirt. Dieser Berechnung gedenkt Julian [63]) ausdrücklich, wenn er sagt: *repetitis ex die vulneris trecentum sexaginta quinque diebus.* Der allgemeine Nutzen dieses Gesetzes rechtfertigte auch eine solche Ausdehnung vollkommen [64]).

II. Ueber den Inhalt des zweyten Capitels des Aquilischen Gesetzes läßt sich mit Gewißheit nichts bestimmen. Ulpian

κινεῖται, ὁμως ἔχει καὶ ποινῆς ἀπαίτισιν. τοῦ γὰρ ἀναιρεθέντος οἰκέτου ἐσθ' ὅτε ἄξιος ὢν κατὰ τὸν καιρὸν τῆς ἀναιρέσεως ί νομισμάτον, ἡ καταδικη γιγεται εἰς ρ' νομισματα, διὰ τὸ τοσούτου ἄξιον αὐτὸν γεγενῆσθαι κατ' ἐκεῖνον τὸν καιρὸν, ἐν ᾧ ὑγιὴς ἦν. i. e. *Ecce hic, etsi in simplum instituitur actio, tamen et poenae habet exactionem: interdum enim, quum servus peremtus caedis tempore valeret X. solidis, condemnatio fit in C. quia tanti fuerat dignus eo tempore, quo incolumis erat.*

61) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 269. S. 575.

62) *L. 42. D. de poenis. L. 155. §. 1. D. de div. regul. iuris.*

63) *L. 51. §. 2. D. h. t.*

64) S. SUAREZ Comm. ad L. Aquil. Lib. I. Cap. IV. Sect. VI. pag. 55. sqq.

Ulpian[65]) sagt davon weiter nichts, als *Huius Legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit.* Auch nicht ein Wort mehr Justinian[66]), und der griechische Paraphrast der Institutionen[67]). Die Muthmaßungen der Ausleger sind von sehr verschiedenem Gehalte. Ganz unwahrscheinlich ist es, wenn Cujaz[68]) glaubt, es habe von widerrechtlich entzogenem Gewinn gehandelt. Suarez[69]) Noodt[70]) und Bynkershök[71]) haben diese Conjectur zur Genüge widerlegt. Den meisten Beyfall hat die Meinung des Claudius Chifletius[72]) gefunden, daß dieses zweyte Capitel de servo corrupto gehandelt habe. Denn es ist allerdings merkwürdig, wenn Ulpian[73]) sagt: Haec actio (sc. praetoria de servo corrupto) adversus fatentem in duplum est, quamvis Aquilia inficiantem duntaxat coerceat. Es läßt sich auch nicht wohl ein anderer Grund angeben, warum das zweyte Capitel eines so gemeinnützigen Gesetzes hätte außer Gebrauch kommen können, als der, daß das prätorische Edict ähnliche Verordnungen enthalten habe, die aber noch vortheilhafter für den

65) *L. 27. §. 4. D. h. t.*

66) *§. 12. I. h. t.*

67) Tom. II. pag. 762. der Reitzischen Ausgabe.

68) Paratitl. ad Tit. Dig. ad L. Aquil.

69) Apparat. Commentar. ad L. Aquil. Cap. III. nr. 10. sqq. pag. 14.

70) Ad Leg. Aquil. cap. 1. in fin.

71) Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 13.

72) Disquisit. de secundo capite Legis Aquiliae. (*Eorum, quae de iure scripsit, Part. I. Lugduni 1584. 8.* pag. 441. sqq. und in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. V. pag. 873. sqq.)

73) *L. 5. §. 2. D. de Servo corrupto.*

den Kläger gewesen sind. Man kann sich ferner nun auch wohl erklären, warum die actio servi corrupti, ob sie gleich eine prätorische Pönalklage ist, die sonst nur ein Jahr dauern, dennoch, nach dem Beyspiel der actio Legis Aquiliae, perpetua ist [74]). Hierzu kommt noch insonderheit eine Stelle aus Anians Interpretationen zu den *Sententiae Receptae* des Paulus [75]), welche so lautet: *Hae duae secundum Legem Aquiliam similem poenam habent, ut cum his, qui animo vel corpore corruperunt, alia mancipia huiusmodi praesumtores exsolvant.* Zwar irrt Anian in Ansehung der hier angegebenen Strafe, welche die Lex Aquilia nicht kennt; allein er kann doch leicht aus seinem Paulus geschöpft haben, was er von der Verführung des Sklavens sagt. Dem Chifletius sind aus diesen Gründen beygetreten Voet [76]), Westenberg [77]) und Heineccius [78]). Indessen stehen freylich auch dieser Meinung immer noch sehr erhebliche Zweifel entgegen, wie Suarez [79]) und Bynkershök [80]) gezeigt haben. Es kann allerdings die Lex Aquilia auch de servo corrupto gehandelt haben; allein es folgt nicht, daß gerade das verlohren gegangene

74) *L. 13. pr. D. eodem.*

75) Lib. I. Tit. 13. A. §. 6. In *Ant.* SCHULTING *Iurispr. Antejust.* pag. 249.

76) Commentar. ad Pand. h. t. §. 5.

77) Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 25. et §. 26.

78) Antiquitat. Roman. Iurisprud. illustr. Syntagm. Lib. IV. Tit. 3. §. 9.

79) Comment. ad L. Aquil. in Apparatu Cap. 3. nr. 24. sqq. pag. 15.

80) Observat. iur. Rom. Lib. I. cap. 13.

gangene zweyte Capitel davon gehandelt habe. Es kann dieser Gegenstand, wie Mylius [81]) dafür hält, auch unter der allgemeinen Sanction des dritten Capitels mit begriffen gewesen seyn. Dies scheint auch schon die Meinung des griechischen Scholiasten der Basiliken [82]) gewesen zu seyn. Denn dieser macht zur Erläuterung des dritten Capitels die Bemerkung: Ἐαν᾽ τις οὖν οὐκ ἀνεῖλε μὲν τὸν οἰκέτην, ἀλλὰ ναυσει αὐτὸν, ἢ ἔκλασεν, ἢ διέφθειρεν, ἐκ τοῦ ἡ. κεφαλαίου τῷ Ακουιλίῳ κατέχεται. i. e. *Si quis igitur non occiderit servum, sed ussserit, fregerit, vel corruperit, ex tertio capite Legis Aquiliae tenetur.* Aus diesem Grunde glaubt daher van Bynkershök [83]), daß das zweyte Capitel wahrscheinlicher *de deiectis et effusis* gehandelt habe, und durch das nachher über eben diesen Gegenstand erfolgte Edict des Prätors seine Anwendung verloren habe. Er beruft sich deshalb besonders auf die Auctorität des Mucius [84]), welcher sagt: Cum autem *Legis Aquiliae actione* [85]) propter hoc quis condemnatus est, merito

81) *Io. Henr.* MYLII Dissert. postuma de tribus Legis Aquiliae capitibus, (adj. THEOPHILI Paraphr. graec. Institution. Tom. II. pag. 1101. *edit Reitz.*)

82) Ad Lib. LX. Tit. 3. Const. 27. §. 5. Tom. VII. pag. 89. (edit. *Fabrot.*)

83) Cit. loc. pag. 42. (edit. *Heinecc.* Francof. et Lipsiae 1793. 4.)

84) *L. 5. §. 4. D. de his, qui effud. vel. deiec.*

85) Mehrere Ausleger wollen die gemeine Lesart *Legis Aquiliae actione* in Zweifel ziehen. Cujaz in Not. ad §. 1. I. de Oblig. quae quasi ex del nasc. will statt derselben *hac actione* lesen, und versteht dies von der *actione in factum*, von welcher in dem unmittelbar vorhergehenden §. 3. *L. 5. D. de his, qui effud.* die Rede ist. Eben so *Ant.* FABER in Rational. ad Pandect. h. L.

merito ei, qui ob hoc, quod hoſpes, vel quis alius de coenaculo dejecit, in factum dandam eſſe *Labeo* dicit adverſus deiectorem. Auch **Pürtmann** [86]) ſtimmt dieſer Meinung bey. Allein **Mylius** [87]) hat dagegen nicht ohne Grund erinnert, daß dieſer Fall vielmehr in das dritte Capitel des Aquiliſchen Geſetzes gehört habe. Daher iſt **Herrmann Cannegieter** [88]) auf die Gedanken gerathen, das zweyte Capitel könne von keinem andern Falle, als *de damno liberi hominis occiſi* gehandelt haben. Dies lehre theils der Zuſammenhang mit dem dritten Capitel, theils das ganz nach dem Beyſpiel des Aquiliſchen Geſetzes gebildete Prätoriſche Edict *de dejectis et effuſis*; welches auch zuerſt de damnis in res quaslibet factis, dann de homine

h. L. Tom. II. P. II. pag. 327. Hingegen *Ger.* NOODT Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 10. legt geradezu dem Ulpian zur Laſt, daß er aus Unachtſamkeit ſtatt *actione in factum de deiectis et effusis* geſchrieben habe: *Legis Aquiliae actione.* Allein *Chriſtfr.* WAECHTLER hat in ſeinen Notis ad *Ger.* NOODTII Probabil. iur. civ. ad loc. cit. (in *Opuscul a* TROTZ *edit.* pag. 217. ſqq.) die Richtigkeit der gemeinen Leſeart hinreichend gerechtfertiget. Sie erhält auch durch die *Baſilica* Lib. LX. Tit. 4. Conſt. 5. §. 4. Tom. VII. pag. 119. eine vorzügliche Stütze, wo es heißt: Καὶ καταδικασθέντες τῷ Ακουιλίῳ, ἔχουσι κατὰ τῶν ῥίψάντων ἱμφάντεμ, ἢ τὴν επὶ μισθώσεος ἀγωγὴν, ἐὰν εμίσθωσαν ἀυτοῖς. i. e. *Et condemnati Aquilia habent adverſus dejectores actionem in factum, vel locati, ſi eis locaverint.*

86) Interpretat. et Obſervat. iuris Rom. Cap. 26. §. 2. pag. 121. ſq.

87) Diſſ. cit. §. 6. Tom. II. *Paraphr. Theoph.* pag. 1103.

88) Obſervation. iuris Rom. Lib. IV. Cap. 9.

ne occiſo, und zuletzt de vulnerato aut laeſo gehandelt habe. Allein auch dies kann für nichts anders als eine Conjectur gelten; denn mit Gewißheit läßt ſich hierüber bey dem gänzlichen Mangel an Nachrichten nichts beſtimmen [89]). Daß aber auch Ulpian ſelbſt den Inhalt des zweyten Capitels der L. A. nicht gewußt, ja, wie Höpfner [90]) ſagt, ſeine Unwiſſenheit ſelbſt geſtanden habe, läßt ſich aus den oben angeführten Worten deſſelben nicht erſehen.

III. Das dritte Capitel handelt von allen übrigen Arten widerrechtlicher Beſchädigungen, auſſer der Tödung eines Skaven oder quadrupedis pecudis, und beſtimmt, als Strafe, den Erſatz des höchſten Werths, den die beſchädigte Sache in den zunächſt vorhergehenden dreyßig Tagen gehabt hat. Ulpian hat uns den Inhalt dieſes Capitels *L.* 27. §. 5. *D. h. t.* aufbehalten, wo er ſagt:

Tertio autem capite ait eadem Lex Aquilia: *Caeterarum rerum, praeter hominem et pecudem occiſos, ſi quis alteri damnum faxit, quod uſſerit, fregerit, ruperit iniuria, quanti ea res erit* [91]) *in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas eſto.*

Das

89) Man ſehe noch über die angeführten mancherley Muthmaſſungen der Rechtsgelehrten über das 2te Capitel des Aquiliſchen Geſetzes *Ev.* OTTO de tutela viarum publicar. P. III. Cap. 5. pag. 485. ſqq.

90) Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 1053.

91) Statt *erit* lieſet Holoander fuit, welche Leſeart der gewöhnlichen ohne Zweifel vorzuziehen iſt. Es beweiſen dies nicht nur die Worte im §. *14. I. h. t.* wo Juſtinian ſagt: Ex hoc tamen capite non quanti in eo anno, *ſed quanti in diebus proximis res fuerit*, obligatur is, qui damnum dederit; ſondern

Das dritte Capitel begreift nun folgende Fälle unter sich, 1) wenn Jemand eines Andern Sklaven oder quadrupedem pecudem blos verwundete; 2) wenn Jemand ein solches Thier, welches kein pecus, oder kein quadrupes war, z. E. eines andern Hund, oder wildes Thier, oder Vogel tödete, oder auch nur verwundete; 3) wenn Jemand eine fremde leblose Sache verbrannte, zerbrach, zerriß, oder befleckte u. d. Justinian liefert uns folgenden Commentar über das dritte Capitel [92]):

Capite tertio de' omni caetero damno cavetur. Itaque si quis servum, vel eam quadrupedem, quae pecudum numero est, vulneraverit; sive eam quadrupedem, quae pecudum numero non est, veluti canem aut feram bestiam vulneraverit, aut occiderit: hoc capite actio constituitur. In caeteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus, quae anima carent, damnum per iniuriam datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum, aut ruptum, aut fractum fuerit: actio ex hoc capite constituitur: quamquam poterat sola *rupti* appellatio in omnes istas causas sufficere.

sondern auch die *Basilica* Lib. LX. Tit. 3. Const. 27. §. 5. wo es heißt: Τὸ δὲ τρίτον διαλαμβάνει περὶ τῆς ἄλλης ξημίας τῆς ἔξωθεν ἀναιρέσεως δούλου, καὶ θρέμματος, καὶ ἀποτιμᾶται εις ὅσον τὴν τὸ πρᾶγμα ἐν ταῖς πλησιαξούσαις τριάκοντα ἡμέραις i. e. *Tertium tractat de alio damno praeter servum et pecudem occisam, et aestimatur, quanti ea res erat in proximis triginta diebus.* Vorzüglich aber *L.* 29. §. 8. *D. h. t.* wo die verba Legis: *Quanti in triginta diebus proximis fuit*, angeführt werden.

92) §. 13. *I. h. t.*

ficere. *Ruptum* enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum eſt. Unde non ſolum fracta, aut uſta, ſed etiam ſciſſa et colliſa et effuſa, et quoquo modo peremta, atque deteriora facta, hoc verbo continentur [93]). Denique reſponſum eſt, ſi quis in alienum vinum aut oleum id miſcuerit, quo naturalis bonitas vini aut olei corrumperetur: ex hac parte Legis Aquiliae eum teneri.

Und Ulpian [94]) ſagt zur Erläuterung des dritten Capitels: Ex hoc Legis capite de omnibus animalibus laeſis, quae pecudes non ſunt, agendum eſt: puta, ut de cane. Sed et de apro, et leone, caeterisque feris et avibus idem erit dicendum. — Haec verba: *Quanti in triginta diebus proximis fuit*, etſi non habent *plurimi*, ſic tamen eſſe accipienda conſtat.

In Anſehung der wilden Thiere, welche Jemand widerrechtlich getödet hat, iſt jedoch die Einſchränkung merkwürdig, daß die Klage des Aquiliſchen Geſetzes nur dann Statt findet, wenn die Tödung geſchahe, während ſie ſich noch in der cuſtodia ihres Herrn befanden [95]). Denn iſt ein wildes Thier aus ſeiner Gefangenſchaft entwiſcht, und ein Dritter hat es getödet, ſo findet gegen dieſen keine Klage Statt [96]); weil das Eigenthum verloren geht, ſobald

93) Nicht unrecht erklärt daher FESTUS das Wort *rumpere* durch damnum dare. S. *Herm.* CANNEGIETER Obſervat. iuris Rom. Lib. IV. cap. 10.

94) *L.* 29. §. 6. *et* 8. *D. h. t.*

95) S. SUAREZ Comm. ad L. Aquil. Lib. II. cap. 1. nr. 18.

96) *L.* 1. §. 10. *D. Si quadrupes pauper. fec. dic.*

bald sich ein solches Thier wieder in seine natürliche Freyheit begeben hat[97]). Nur in Ansehung derjenigen wilden Thiere ist eine Ausnahme zu machen, welche von der Art sind, daß sie wegfliegen, und wiederkommen, wohin Tauben und Bienen gehören[98]). Diese bleiben unser Eigenthum, *quamdiu consuetudinem habeant ad nos revertendi*, wie bey **Ulpian**[99]) **Pomponius** sagt. Hat daher Jemand solche Thiere widerrechtlich getödet, so kann er aus dem dritten Capitel des Aquilischen Gesetzes belangt werden. Dies hat wenigstens nach der Meinung des Celsius, welche auch **Ulpian**[100]) billiget, gar keinen Zweifel. Denn dieser sagt: Si cum apes meae ad tuas advolassent, tu eas exusseris, Legis Aquiliae actionem competere, *Celsus* ait[1]).

97) §. 12. I. *de rer. divis.*

98) *L. 5. §. 5. D. de acquir. rer. dom.*

99) *L. 8. §. 1. D. Familiae erciſc.*

100) *L. 27. §. 12. D. h. t.*

1) Daß jedoch darüber unter den alten Römischen Rechtsgelehrten ein Streit war, erhellet aus der *Collat. Legum Mosaicar. et Roman.* Tit. 12. §. 7. *in fin.* (in *Ant.* SCHULTING Iurispr. Antejust. pag. 779.) wo aus Ulpian folgende Stelle vorkommt: Item *Celsus libro XXVII. Digestorum* scribit, si cum apes meae ad tuas advolassent, tu eas exusseris, quosdam negare, competere Legis Aquiliae actionem, inter quos et *Proculum*, quasi apes dominii mei non fuerint. Sed id falsum esse, *Celsus* ait, cum apes revenire soleant, et fructui mihi sint. Sed *Proculus* eo movetur, quod nec mansuetae, nec ita clausae fuerint. Ipse autem *Celsus* ait, nihil inter has et columbas interesse, quae si mane effugiunt, domum tamen refugiunt. Man vergleiche noch über diese alte Controvers QUINCTILIANI Declamat. XIII.

Noch ist zu bemerken, daß man zuweilen noch nachher aus dem ersten Capitel klagen kann, wenn man auch schon zuerst aus dem dritten geklagt hatte. Nur kann man freylich in diesem Falle nicht mehr erhalten, als man erhalten haben würde, wenn man gleich Anfangs wegen widerrechtlicher Tödung geklagt hätte.

L. 46. *D. h. t.* Si vulnerato servo, Lege Aquilia actum sit, postea, mortuo ex eo vulnere, agi Lege Aquilia nihilominus potest.

L. 47. *D. h. t.* Sed si priore iudicis aestimatione facta, postea mortuo servo, de occiso agere dominus instituerit, exceptione doli mali oppositа, compelletur: ut ex utroque iudicio nihil amplius consequatur, quam consequi deberet, si initio de occiso homine egisset.

Jedoch ist dies nur von dem Falle zu verstehen, wenn wegen des nämlichen Factums der Verwundung zuerst aus dem dritten Capitel war geklagt worden, weil man noch nicht wußte, ob die Wunde tödlich seyn werde[2]). Denn wäre die Tödung aus einer neuen widerrechtlichen Handlung erfolgt, so sind zwey Vergehungen vorhanden. Daher braucht sich hier der Kläger, wenn er nachher aus dem ersten Capitel des Aquilischen Gesetzes klagt, nicht das anrechnen zu lassen, was ihm schon vorher, als er zuerst wegen der Verwundung klagte, aus dem dritten Capitel dieses Gesetzes ist zugesprochen worden. Von diesem Falle handelt Cajus, wenn er *L.* 32. §. 1. *D. h. t.* sagt:

Si

2) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. SUAREZ Comm. ad L. A. Lib. III. Cap. II. Sect. 1. nr. 11. pag. 150.

Si idem eundem ſervum vulneraverit, poſtea deinde etiam occiderit, tenebitur et de vulnerato et de occiſo; *duo enim ſunt delicta*: aliter atque ſi quis uno impetu pluribus vulneribus aliquem occiderit; tunc enim una erit actio de occiſo.

Es entſteht bey dieſer Gelegenheit noch eine andere Frage, nämlich die, in welchem Verhältniß die Aquiliſche Pönalklage zu der Contractsklage ſteht, wenn der widerrechtliche Schade in einem Contract geſchehen iſt? Findet, nach erhobener Klage aus dem Contract, noch die Klage aus dem Aquiliſchen Geſetz Statt? Im allgemeinen iſt dieſe Frage dahin zu beantworten, daß die Klage aus dem Aquiliſchen Geſetz, auch noch nach angeſtellter Contractsklage, wegen desjenigen Statt finde, was die verletzte Sache binnen der geſetzlich beſtimmten Zeit, auf welche die Aeſtimation zurückgerechnet wird, mehr werth geweſen iſt, jedoch mit Abzug deſſen, was der Kläger bereits mit der Contractsklage am wahren Werth erhalten hat. Dies iſt der Sinn, der ſo ſehr beſtrittenen *L.* 34. §. *ult. D. de obligat. et action.* wo **Paulus** ſagt:

Et hoc in Legis Aquiliae actione dicitur, ſi tibi commodavero veſtimenta, et tu ea ruperis: utraeque enim actiones rei perſecutionem continent: et quidem poſt Legis Aquiliae actionem utique commodati finietur; poſt commodati, an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius eſt, dubitatur? *Sed verius eſt, remanere; quia ſimplo accedit, et ſimplo ſubducto locum non habet.*

Faſt die meiſten Rechtsgelehrten halten die Leſeart dieſes Fragments für fehlerhaft, weil man glaubt, die in

demselben enthaltene Entscheidung stehe mit dem darin angeführten Entscheidungsgrunde in offenbarem Widerspruche. Denn man versteht diesen Grund so, weil dasjenige, was den Werth der Sache durch das Zurückrechnen eines Zeitraums von dreyßig Tagen erhöhet, nur eine Accession des eigentlichen Werths sey, den die Sache zur Zeit der Beschädigung hatte, so könne dieses amplius nicht besonders eingeklagt werden, wenn das Simplum abgerechnet wird, welches der Kläger schon durch die Contractsklage zu seiner Entschädigung erhalten hat. Um diesen Grund mit der Entscheidung des Gesetzes zu vereinigen, wollen daher einige [3]) statt remanere, *non* remanere lesen. Andere [4]) hingegen sehen diesen Grund blos als einen Zweifelsgrund an, der sich auf das dubitatur bezieht, und unterscheiden davon durch eine Parenthese die Worte: (*Sed verius est remanere*). Noch andere [5]), welche auch mit Beybehaltung der gemeinen Leseart *remanere* lesen, glauben jedoch, daß man statt *locum non habet*, vielmehr locum habet ohne Negation lesen müsse. Allein daß das Fragment, ohne eine Aenderung vornehmen zu dürfen, einen vollkommen richtigen und zusammenhängenden Sinn habe, ist schon an einem andern Orte gezeigt worden. Hier will ich nur noch zur mehreren Bestärkung die griechische Uebersetzung

3) AUGUSTINUS Emendation. Lib. I. cap. 3. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XXI. cap. 3. u. a. m.

4) *Franc.* RYGERBOS Observation. iuris Rom. Cap. I.

5) *Franc.* BALDUINUS de Lege Aquilia pag. 175. *edit. Halens.* VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 31.

6) Siehe den 4. Theil dieses Commentars §. 284. d. S. 24. Not. 74.

kung aus den Basiliken [7]) hinzufügen, welche bis jetzt von keinem Ausleger jener Stelle benutzt worden ist. Sie lautet bey Meerman [8]) folgendermaßen:

Εἰ δὲ καὶ ἱμάτια χρήσω σοι, καὶ διαφθείρῃς αὐτὰ, ἀρμόξει καὶ ἡ τῶν ἐν χρήσει διδομένων, καὶ ἡ ἐξ ὁμολογίας μὲν ἀπαιτοῦσα τὸ ἁπλοῦν, ἐξ ἀρνήσεως δὲ τὸ διπλοῦν ἀγωγή. Καὶ ταύτης μὲν κινεμένης, ἀναιρεῖται ἡ κατὰ τῶν ἐν χρήσει διδομένων κινεμένη ἀγωγή. Ταύτης δὲ κινεμένης, ἐπὶ τῷ περιττῷ σώζεται ἡ απαιτοῦσα ἐξ ὁμολογίας μὲν τὸ ἁπλοῦν, ἐξ ἀρνήσεως δὲ τὸ διπλοῦν ἀγωγή. i. e. *Sed et si vestes tibi commodavero, tuque eas corruperis, competit et de commodatis actio, et ea, quae ex confessione quidem simplum, ex infitiatione autem duplum petit. Atque, hac quidem instituta, tollitur actio, quae de commodatis movetur: illa autem instituta, in amplius salva est actio, quae ex confessione quidem simplum, at ex infitiatione duplum petit.*

§. 704.

Wem steht die Klage des Aquilischen Gesetzes zu? Gegen wen ist sie anzustellen? Strafe des Läugnens.

Die *actio directa* ex Lege Aquilia kann nur von dem Eigenthümer der beschädigten Sache angestellt werden. Die Worte des Aquilischen Gesetzes [9]): *domino dare damnas esto*, beweisen dieses klar. Ueberdem sagt Ulpian [10]) ausdrücklich: Legis autem Aquiliae actio hero

7) *Lib. LII. Tit. 1. Constit. 33. §. 2.*

8) Nov. Thesaur. iuris civ. et canon. Tom. V. pag. 101.

9) *L. 2. pr. L. 27. §. 5. D. h t.*

10) *L. 11. §. 6. L. 43. D. h. t.*

competit, hoc eſt, *domino.* In der Folge geſtattete man auch jedem Andern, der ein dingliches Recht an der beſchädigten Sache hat, eine *actio utilis* ex Lege Aquilia, z. B. dem Uſufructuar, desgleichen dem Pfandgläubiger.

L. 11. §. 10. *D. h. t.* An fructuarius vel uſuarius Legis Aquiliae actionem haberet, *Iulianus* tractat. Et ego puto melius, ſagt **Ulpian**, *utile iudicium* ex hac cauſa dandum.

L. 17. *pr. D. h. t.* Si dominus ſervum ſuum occiderit, bonae fidei poſſeſſori [11]), vel ei, qui pignori accepit, *in factum actione* tenebitur.

L. 17. §. 3. *D. de uſufr.* Si quis ſervum occiderit, *utilem actionem exemplo Aquiliae* fructuario dandam, nunquam dubitavi.

Eben ſo, wie **Ulpian**, lehrt auch **Paulus**.

L. 12. *D. h. t.* Sed et ſi proprietatis dominus vulneraverit ſervum, vel occiderit, in quo uſusfructus meus eſt: danda eſt mihi, *ad exemplum Legis Aquiliae*, actio in eum *pro portione uſusfructus* [12]); ut etiam ea pars

11) Der bonae fidei poſſeſſor klagt nämlich darauf, quod ſua intereſt, ſervum non occidi, propter id, quod a venditore conſecuturus fuiſſet, ſi dominus ſervum eviciſſet, non occidiſſet, wie der Scholiaſt der Baſiliken ad Lib. LX. Tit. 3. Conſt. 17. ad v. *Poſſeſſori* Tom. VII. pag. 80. ſagt. Man ſehe auch SUAREZ Comm. ad L. A. Lib. III. Cap. V. nr. 16—21. pag. 156.

12) Die Worte: *pro portione uſusfructus* erklärt der griechiſche Scholiaſt c. l. pag. 76. ſo: ut, ſi *ſolidum uſumfructum quis habeat, in ſolidum habeat actionem, ſi ſemiſſem, in ſemiſſem.*

Ihm

pars anni in aeſtimationem veniat, qua nondum uſus-fructus meus fuit[13]).

L. 30. §. 1. *D. eodem.* Pignori datus ſervus, ſi occiſus ſit, debitori actio competit. Sed an et creditori danda ſit utilis, quia poteſt intereſſe eius, quod debitor ſolvendo non ſit, aut quod litem tempore amiſit[14]), quaeritur? Sed hic iniquum eſt, et domino et

Ihm pflichtet auch SUAREZ cit. Comm. Lib. II. Cap. III. Sect. II. nr. 43. bey. Allein richtiger erklärt POTHIER in Pandect. Iuſtinian. Tom. I. h. t. Nr. XL. not. g. pag. 287. dieſe Worte ſo: *pro portione, quam in pretio ſervi uſusfructus in eo alienus minuet.* Z. B. der Sklave war an ſich 30 aureos werth, allein wegen des davon getrennten Nießbrauchs konnte man ihn nur auf 20 anſetzen. Hier konnte der Uſufructuar nur 10 aureos zum Erſatz fordern, wenn der Proprietar den Sklaven widerrechtlich getödet, oder denſelben durch Verwundung zum Dienſt unbrauchbar gemacht hatte. Denn dies iſt der Betrag des wegen des getrennten Nießbrauchs verminderten Werths.

13) Weil nämlich bey der Ausmittelung des höchſten Werths das Jahr rückwärts gerechnet wird, ſo kommt es hier nicht darauf an, ob der Uſufructuar ſchon während dieſes Jahrs den Nießbrauch gehabt hat, oder nicht.

14) Man muß ſich hier einen ſolchen Fall gedenken, da das Pfand für eine Forderung iſt gegeben worden, welche der Gläubiger binnen der geſetzlichen Verjährungszeit nicht eingeklagt hat. Da hier, der eingetretenen Verjährung ungeachtet, immer noch eine natürliche Verbindlichkeit des Schuldners vorhanden iſt, weswegen das Pfand gültig bleibt; ſo hat der Gläubiger allerdings ein ſtarkes Intereſſe, daß das Pfand nicht beſchädiget werde, weil er ſich, wegen des durch die Verjährung erloſchenen Klagerechts, lediglich an das Pfand halten muß, und außerdem keine andere Art der Rechtsverfolgung hat. S. POTHIER Pandect. Iuſtin. T. I. h. t. Nr. XXXIV. not. p. pag. 286.

et creditori eum teneri: nisi si quis putaverit, nullam in ea re debitorem injuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem [15]), et, quod sit amplius, consecuturus sit ab eo: vel ab initio in id, quod amplius sit, quam in debito, debitori dandam actionem. Et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris, vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori; ipsi autem debitori in id, quod debitum excedit, competit Aquiliae actio.

Allein die Frage ist, ob auch derjenige die Klage aus dem Aquilischen Gesetz anstellen könne, der nur ein persönliches Recht an der beschädigten Sache hat? Die Rechtsgelehrten sind darüber verschiedener Meinung. Die ältern [16]), und auch unter den neuern Herr von Löhr [17]), erfordern zur Anstellung der Aquilischen Klage ein dingliches Recht auf die beschädigte Sache. Dagegen hat Schöman [18]) zu zeigen gesucht, daß auch schon ein persönliches Recht hinreichend sey. Nach Thibaut [19]) kann die Klage von

15) Denn was der Gläubiger mit der Aquilischen Klage am Werthe des Pfandes erhält, muß er sich auf die Schuld anrechnen lassen. Der Schuldner kann auch selbst noch auf das klagen, was der Werth des Pfandes mehr beträgt, als die Schuld.

16) NOODT ad L. Aquil. cap. II. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

17) Theorie der Culpa. 2. Abschn. §. 14. Not. 2. S. 83.

18) Handbuch des Civilrechts 1. B. S. 217.

19) System des Pandect. Rechts 2. B. §. 964.

von jedem angestellt werden, welcher ein Interesse daben hat, daß die Sache nicht beschädiget werde. Eben so Höpfner[20]) und Hellfeld. Für jene Meinung spricht nun zwar freylich die *L.* 11. §. 9. *D. h. t.* wo Ulpian sagt:

Eum, cui vestimenta *commodata* sunt, non posse, si scissa fuerint, *Lege Aquilia* agere, *Iulianus* ait: sed domino eam competere.

Dagegen aber sagt doch auch eben dieser Ulpian *L.* 27. §. 14. *D. eodem.*

Si avenam in segetem alienam inieceris, si locatus sit fundus, *in factum* agendum, et si colonus eam exercuit, cavere eum debere, amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet.

Der Pächter, als solcher, hat doch gewiß vor geschehener Perception der Früchte kein dingliches Recht daran[21]); und dennoch wird ihm hier die actio in factum eingeräumt, so gut, als dem Eigenthümer selbst. Warum sollte ihm nicht auch, wenn die Früchte anf andere Art vor der Aerndte sind corrumpirt worden, die actio Legis Aquiliae zustehen, da beyde Klagen weiter nicht, als in Ansehung des gerichtlichen Verfahrens, von einander unterschieden waren? Dahingegen kann der Käufer, wenn die Sache nach eingetretener Perfection des Contracts, aber noch vor geschehener Tradition, von Jemand beschädiget wird, von dem Verkäufer nur eine Cession der Aquilischen Klage verlangen.

L. 13.

20) Commentar über die Institutionen §. 1052.

21) §. 36. *I. de rer. divis.*

competit, hoc est, *domino*. In der Folge gestattete man auch jedem Andern, der ein dingliches Recht an der beschädigten Sache hat, eine *actio utilis* ex Lege Aquilia, z. B. dem Usufructuar, desgleichen dem Pfandgläubiger.

L. 11. §. 10. *D. h. t.* An fructuarius vel usuarius Legis Aquiliae actionem haberet, *Iulianus* tractat. Et ego puto melius, sagt **Ulpian**, *utile iudicium* ex hac causa dandum.

L. 17. *pr. D. h. t.* Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori [11]), vel ei, qui pignori accepit, *in factum actione* tenebitur.

L. 17. §. 3. *D. de usufr.* Si quis servum occiderit, *utilem actionem exemplo Aquiliae* fructuario dandam, nunquam dubitavi.

Eben so, wie **Ulpian**, lehrt auch **Paulus**.

L. 12. *D. h. t.* Sed et si proprietatis dominus vulneraverit servum, vel occiderit, in quo ususfructus meus est: danda est mihi, *ad exemplum Legis Aquiliae*, actio in eum *pro portione ususfructus* [12]); ut etiam ea pars

11) Der bonae fidei possessor klagt nämlich darauf, quod sua interest, servum non occidi, propter id, quod a venditore consecuturus fuisset, si dominus servum evicisset, non occidisset, wie der Scholiast der Basiliken ad Lib. LX. Tit. 3. Const. 17. ad v. *Possessori* Tom. VII. pag. 80. sagt. Man sehe auch SUAREZ Comm. ad L. A. Lib. III. Cap. V. nr. 16—21. pag. 156.

12) Die Worte: *pro portione ususfructus* erklärt der griechische Scholiast c. l. pag. 76. so: ut, si *solidum usumfructum quis habeat, in solidum habeat actionem, si semissem, in semissem.*

Ihm

pars anni in aeſtimationem veniat, qua nondum uſus-fructus meus fuit[13]).

L. 30. §. 1. *D. eodem.* Pignori datus ſervus, ſi occiſus ſit, debitori actio competit. Sed an et creditori danda ſit utilis, quia poteſt intereſſe eius, quod debitor ſolvendo non ſit, aut quod litem tempore amiſit[14]), quaeritur? Sed hic iniquum eſt, et domino et

Ihm pflichtet auch SUAREZ cit. Comm. Lib. II. Cap. III. Sect. II. nr. 43. bey. Allein richtiger erklärt POTHIER in Pandect. Iuſtinian. Tom. I. h. t. Nr. XL. not. g. pag. 287. dieſe Worte ſo: *pro portione, quam in pretio ſervi uſusfructus in eo alienus minuet.* Z. B. der Sklave war an ſich 30 aureos werth, allein wegen des davon getrennten Nießbrauchs konnte man ihn nur auf 20 anſetzen. Hier konnte der Uſufructuar nur 10 aureos zum Erſatz fordern, wenn der Proprietar den Sklaven widerrechtlich getödet, oder denſelben durch Verwundung zum Dienſt unbrauchbar gemacht hatte. Denn dies iſt der Betrag des wegen des getrennten Nießbrauchs verminderten Werths.

13) Weil nämlich bey der Ausmittelung des höchſten Werths das Jahr rückwärts gerechnet wird, ſo kommt es hier nicht darauf an, ob der Uſufructuar ſchon während dieſes Jahrs den Nießbrauch gehabt hat, oder nicht.

14) Man muß ſich hier einen ſolchen Fall gedenken, da das Pfand für eine Forderung iſt gegeben worden, welche der Gläubiger binnen der geſetzlichen Verjährungszeit nicht eingeklagt hat. Da hier, der eingetretenen Verjährung ungeachtet, immer noch eine natürliche Verbindlichkeit des Schuldners vorhanden iſt, weswegen das Pfand gültig bleibt; ſo hat der Gläubiger allerdings ein ſtarkes Intereſſe, daß das Pfand nicht beſchädiget werde, weil er ſich, wegen des durch die Verjährung erloſchenen Klagerechts, lediglich an das Pfand halten muß, und außerdem keine andere Art der Rechtsverfolgung hat. S. POTHIER Pandect. Iuſtin. T. I. h. t. Nr. XXXIV. not. p. pag. 286.

et creditori eum teneri: nisi si quis putaverit, nullam in ea re debitorem injuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem [15]), et, quod sit amplius, consecuturus sit ab eo: vel ab initio in id, quod amplius sit, quam in debito, debitori dandam actionem. Et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris, vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori; ipsi autem debitori in id, quod debitum excedit, competit Aquiliae actio.

Allein die Frage ist, ob auch derjenige die Klage aus dem Aquilischen Gesetz anstellen könne, der nur ein persönliches Recht an der beschädigten Sache hat? Die Rechtsgelehrten sind darüber verschiedener Meinung. Die ältern [16]), und auch unter den neuern Herr von Löhr [17]), erfordern zur Anstellung der Aquilischen Klage ein dingliches Recht auf die beschädigte Sache. Dagegen hat Schöman [18]) zu zeigen gesucht, daß auch schon ein persönliches Recht hinreichend sey. Nach Thibaut [19]) kann die Klage von

15) Denn was der Gläubiger mit der Aquilischen Klage am Werthe des Pfandes erhält, muß er sich auf die Schuld anrechnen lassen. Der Schuldner kann auch selbst noch auf das klagen, was der Werth des Pfandes mehr beträgt, als die Schuld.

16) NOODT ad L. Aquil. cap. II. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

17) Theorie der Culpa. 2. Abschn. §. 14. Not. 2. S. 83.

18) Handbuch des Civilrechts 1. B. S. 217.

19) System des Pandect. Rechts 2. B. §. 964.

von jedem angestellt werden, welcher ein Interesse daben hat, daß die Sache nicht beschädiget werde. Eben so Höpfner[20]) und Hellfeld. Für jene Meinung spricht nun zwar freylich die *L.* 11. §. 9. *D. h. t.* wo Ulpian sagt:

Eum, cui vestimenta *commodata* sunt, non posse, si scissa fuerint, *Lege Aquilia* agere, *Iulianus* ait: sed domino eam competere.

Dagegen aber sagt doch auch eben dieser Ulpian *L.* 27. §. 14. *D. eodem.*

Si avenam in segetem alienam inieceris, si locatus sit fundus, *in factum* agendum, et si colonus eam exercuit, cavere eum debere, amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet.

Der Pächter, als solcher, hat doch gewiß vor geschehener Perception der Früchte kein dingliches Recht daran[21]); und dennoch wird ihm hier die actio in factum eingeräumt, so gut, als dem Eigenthümer selbst. Warum sollte ihm nicht auch, wenn die Früchte anf andere Art vor der Aerndte sind corrumpirt worden, die actio Legis Aquiliae zustehen, da beyde Klagen weiter nicht, als in Ansehung des gerichtlichen Verfahrens, von einander unterschieden waren? Dahingegen kann der Käufer, wenn die Sache nach eingetretener Perfection des Contracts, aber noch vor geschehener Tradition, von Jemand beschädiget wird, von dem Verkäufer nur eine Cession der Aquilischen Klage verlangen.

L. 13.

20) Commentar über die Institutionen §. 1052.

21) §. 36. *I. de rer. divis.*

L. 13. §. 12. *D. de actionib. emti vend.* Sed et si quid praeterea rei venditae nocitum est, actio emtori praestanda est, damni forte infecti, vel aquae pluviae arcendae, vel *Aquiliae.*

Der anscheinende Widerspruch dieser Gesetzstellen läßt sich ohne alle Schwierigkeit heben, wenn man folgende Fälle unterscheidet.

1) Derjenige, welchem nur ein persönliches Recht an der beschädigten Sache zusteht, hatte auf den Erwerb des Eigenthums derselben einen schon begründeten Anspruch. Hier kann der Pächter, wenn die Früchte vor der Aerndte beschädiget worden sind, ohne allen Zweifel aus dem Aquilischen Gesetz oder actione in factum klagen. Der Käufer hingegen kann sich auf verschiedene Art helfen, wenn vor der Uebergabe die Sache durch die positive Handlung des Verkäufers oder eines Dritten beschädiget worden ist. Er kann entweder zuvor auf Tradition klagen, und dann den Urheber des Schadens actione directa ex Lege Aquilia belangen. Denn, um von dieser Klage Gebrauch zu machen, braucht man nicht gerade zur Zeit der Beschädigung schon Eigenthümer der Sache gewesen zu seyn, sondern ein auch nachmals erst erlangtes Eigenthum berechtiget dazu [22]). Sollte etwa die Sache durch unvorsichtige Thätigkeit des Verkäufers, sey auch das Versehen noch so gering, zu Grunde gerichtet seyn, so kann er gegen den Verkäufer actione emti klagen [23]); oder er kann sich auch, wenn

22) **L. 43. D.** *h. t.* Dominum Lex Aquilia appellat, *non utique eum, qui tunc fuerit, cum damnum daretur.*

23) S. SCHOEMAN Handbuch des Civilrechts 1. B. S. 223. ff.

wenn ein Dritter den Schaden angerichtet, die Klage des Aquillschen Gesetzes von dem Verkäufer cediren lassen [24]).

2) Der Personalberechtigte hat zwar auf den Erwerb des Eigenthums keinen Anspruch, er ist aber doch wegen seiner Nachlässigkeit dem Eigenthümer für den Schaden verantwortlich. Hier kann auch der Miethmann, desgleichen der Commodatar die actio utilis ex Lege Aquilia anstellen [25]).

3) Der Personalberechtigte ist wegen des Schadens, den ein Dritter durch eine widerrechtliche Handlung verursacht hat, dem Eigenthümer nicht verantwortlich. Hier kann nicht jener, sondern nur dieser die Aquilische Klage anstellen [26]).

Daß übrigens die Klage aus dem Aquilischen Gesetz auch den Erben und übrigen Nachfolgern des Beschädigten zustehe,

24) §. 3. I. *de emtione et vendit.* Utique tamen vindicationem rei et condictionem (sc. furtivam) exhibere debebit emtori: *quia sane, qui nondum rem emtori tradidit, adhuc ipse dominus est.* Idem etiam est de furti et *de damni iniuriae actione.*

25) *L. 41. D. Locati.* VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 10. THIBAUT Systeм des PR. 2. B. §. 963. not. a.

26) *L. 11. §. 9. D. h. t.* Jedoch glaubt WERNHER in lectiſſim. Commentat. in Pand. P. I. h. t. §. 10 daß auch in diesem Falle der Commodatar wegen des ihm entzogenen Gebrauchs der Sache mit der Klage aus dem Aquilischen Gesetz zu hören sey. Er könne nur nicht wegen der beschädigten Sache selbst auf Aestimation klagen. Allein auch die *L. 2. pr. D. Si quadrupes*, worauf er sich beruft, giebt dem Commodatar nur eine Klage, *quatenus tenetur commodanti.*

zustehe, leidet, bey der ausdrücklichen Verordnung der Gesetze [27], keinen Zweifel.

Der Beklagte ist hiernächst derjenige, welcher den Schaden angerichtet hat. Läugnet er, die schädliche Handlung begangen zu haben, und er wird nachher derselben überführt, so kann er auf das Doppelte belangt werden [28]. Denn, wenn gleich die Größe der obligatio erst durch den Richter bestimmt werden soll, so wird es doch so angesehen, als wenn über die Richtigkeit des Factums schon abgeurtheilt wäre [29]. Balduin [30] glaubt, daß von dieser Strafe des Läugnens ein eignes Capitel des Aquilischen Gesetzes gehandelt habe, und zwar wahrscheinlich das vierte. Denn wenn gleich Cajus [31] bey dem ersten Capitel des Aquilischen Gesetzes die Bemerkung hinzufügt:

> Et infra deinde cavetur, *ut adversus inficiantem in duplum actio esset;*

so gehöre doch diese Strafe eben so gut zu dem dritten, als zu dem ersten Capitel des Gesetzes, und es scheine daher das vierte Capitel davon gehandelt zu haben. Allein Mylius [32] hat dieser Meinung nicht ohne Grund widersprochen. Die ganze Fassung des oben angeführten dritten Capitels

27) *L. 23. §. 8. D. h. t.*

28) *L. 2. §. 1. L. 23. §. 10. D. eod.*

29) Das Gesetz sagt: DARE — DAMNAS ESTO. *L. 2. pr. L. 27. §. 3. D. h. t.* S. von Löhr Theorie der Culpa. §. 20. S. 130.

30) De Lege Aquilia pag. 159. sq.

31) *L. 2. §. 1. D. h. t.*

32) Diss. postuma de tribus Legis Aquiliae capitibus, in dem Reitzischen Theophilus Tom. II. pag. 1101.

pitels beweißt es, daß es das letzte gewesen seyn müsse. Hierzu kommt noch die Auctorität des griechischen Paraphrasten der Institutionen [33]), welcher ausdrücklich sagt: Ἡ δὲ τέτε νομοθεσία εἰς τρία διαιρεῖται κεφάλαια. i. e. *Huius autem constitutio in tria dividitur capita.*

Da die Klage des Aquilischen Gesetzes eine Pönalklage ist, so hat sie

1) gegen mehrere, die den Schaden mit einander angerichtet haben, in solidum Statt, und zwar so, daß die Zahlung des einen die übrigen nicht befreyt, weil durch die Begehung des Delicts alle gleiche Strafe verwirkt haben.

L. 11. §. 2. *D. h. t.* Si plures servum percusserint, utrum omnes, quasi occiderint, teneantur, videamus? Et si quidem apparet, cuius ictu perierit, ille, quasi occiderit, tenetur; quod si non apparet, omnes, quasi occiderint, teneri IULIANUS ait. *Et, si cum uno agatur, caeteri non liberantur: nam ex Lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena.*

2) Sie kann nicht gegen die Erben angestellt werden, außer wenn der Prozeß noch bey Lebzeiten des Erblassers seinen Anfang genommen hätte, oder die Erben durch den entstandenen Schaden reicher geworden sind.

§. 9. *I. h. t.* Constat, in heredem eam actionem non transire, quae transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis aestimaretur.

L. 23. §. 8. *D. h. t.* Hanc actionem et heredi caeterisque successoribus dari constat. Sed in heredem,

vel

33) THEOPHILUS in Paraphr. graec. Institut. Lib. IV. Tit. 3. princ. nach Reitz Tom. II. pag. 753.

vel caeteros haec actio non dabitur, *cum sit poenalis*: nisi forte ex damno locupletior heres factus sit.

L. un. C. Ex delictis defunctor. in quantum heredes conveniant. Post litis contestationem, eo, qui vim fecit, vel concussionem intulit, vel aliquid deliquit, successores eius *in solidum*, alioquin, *in quantum ad eos pervenit*, conveniri, iuris absolutissimi est: ne alieno scelere ditentur.

Wird wegen eines widerrechtlichen Schadens actione in factum geklagt, so glauben viele [34]), die Klage gehe wider die Erben. Allein man setzt hier voraus, daß diese Klage eine reine actio rei persecutoria sey, welches aber oben widerlegt worden ist.

3) Concurrirt die Klage mit mehreren Pönalklagen, so werden diese so wenig durch sie, wie sie durch die andern consumirt.

L. 2. *D. de delictis priv.* Nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur. Neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam. §. 1. Qui igitur hominem subripuit, et occidit: quia subripuit, *furti*, quia occidit, *Aquilia* tenetur. Neque altera harum actionum alteram consumit. §. 2. Idem dicendum, si rapuit, et occidit: *nam et vi bonorum raptorum, et Aquilia tenebitur.*

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die Klage des Aquilischen Gesetzes auch unter Ehegatten Statt habe. Ulpian läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L.* 27. §. 30. *D. h. t.* sagt:

Si

34) THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 963. und andere oben S. 337. Not. 96. angeführte Rechtsgelehrten.

Si cum maritus uxori *margaritas extricatas* [35]) dediſſet in uſu, eaque invito, vel inſcio viro perforaſſet, ut pertuſis in linea uteretur, *teneri eam Lege Aquilia*, ſive divertit, ſive nupta eſt adhuc.

Auch ſagt **Paulus** *L.* 26. *D. eodem.*

Mulier, ſi in viri damnum dederit, *pro tenore Legis Aquiliae convenitur.*

Da

35) Die Baſiliken haben Lib. LX. Tit. 3. Conſt. 27. §. 30 ἀτρήτους μαργαρίτας i. e. *margaritas non perforatas.* Io. LEUNCLAVIUS Notator. Lib. II. Nr. XXXII. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom. III. pag. 1510.) hält daher das in der *L.* 27. §. 30. *D. cit.* vorkommende Wort extricatas für corrupt, und will dafür lieber *margaritas atretas* leſen. *Iac.* CUJACIUS Lib. XVIII. Obſervation. cap. 37. erklärt dieſen Ausdruck nach PLINIUS Lib. IX. *Hiſt. Nat.* cap. 35. durch *exaluminatas*, ſcilicet a detracto alumine, nondum tamen pertuſas, et in lineam conjectas. Faſt auf gleiche Art erklärt *Caelius* RODIGINIUS Lib. V. Lection. Antiquar. cap. ult. das Wort extricatas durch *purgatas.* Allein man kann die Leſeart *extricatas* füglich beybehalten. Denn *extricare* heißt, wie *Ger.* NOODT ad L. Aquil. cap. 15. gezeigt hat, nichts anders, als *ſolvere* ſeu *expedire*, und läuft alſo mit purgare auf eins hinaus. Man ſehe auch *Ev.* OTTO in Praefat. ad Tom. III. Theſ. Iur. Rom. pag. 57. und SUAREZ in Comm. ad L. Aquil. Lib. II. cap. III. Sect. III. nr. 3. pag. 124. Uebrigens haben die griechiſchen Scholiaſten *ad Baſilica Lib. LX. Tit. 3. Tom. VII. pag. 69.* zur Erläuterung der angeführten Stelle eine Bemerkung gemacht, welche hier einen Platz verdient. Τοῖς γὰρ παλαιοῖς μᾶλλον οἱ ἄτρητοι ἐχρησίμευον, ὅτι ἐχρῶντ αὐτοῖς ὡς λίθοις. i. e. *Veteres enim non perforatis magis utebantur, quia eis utebantur quaſi lapillis.*

Da jedoch während der Ehe keine Pönalklage unter Ehegatten statt findet [36]); so behauptet Suarez [37]) nicht ohne Grund, daß die Aquilische Klage unter Eheleuten, auch selbst im Läugnungsfalle, immer nur auf einfachen Ersatz gehe. Eben dies ist auch die Meinung der griechischen Scholiasten [38]), welche bey der angeführten *L.* 27. §. 30. *h. t.* die Bemerkung gemacht haben. Πλὴν εἰς τὸ ἁπλοῦν, κἂν ἀρνήσηται, καταδικάζεται. i. e. *Sed in simplum, etiamsi inficiata sit, condemnatur.*

§. 705.

Heutiger Gebrauch des Aquilischen Gesetzes.

Ob die Lex Aquilia noch heut zu Tage eben dieselbe Anwendbarkeit habe, wie zu Ulpians Zeiten? ist unter den heutigen Rechtsgelehrten sehr streitig. Thomasius [39]), dem auch Höpfner [40]) beystimmt, glaubt, daß von dem Gesetz selbst in Deutschland keine Anwendung zu machen sey. Denn die wegen eines damni iniuria dati Statt findende Klage, deren man sich heut zu Tage bedient, sey nicht auf das Aquilische Gesetz, sondern auf das deutsche Recht, und auf die natürliche Billigkeit gegründet. In so weit also die Verordnungen dieses Gesetzes bloße Vorschriften

36) *L.* 2. *C. rerum amotar.*

37) Comm. ad L. Aquil. Lib. II. Cap. III. Sect. III. nr. 49. pag. 127.

38) Ad Basilicor. Lib. LX. Tit. 3. Tom. VII. pag. 96. ad verb. *Matrimonio.*

39) Diss. de larva Legis Aquiliae detracta actioni de damno dato, receptae in foris Germanorum. *Halae 1703.*

40) Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1060.

schriften des Naturrechts sind, wären sie auch bey uns gültig. Dagegen behaupten Schöman [41]) und Löhr [42]), daß sich die heutige Anwendbarkeit des Aquilischen Gesetzes mit Grund nicht bezweifeln lasse. Denn es sey ja bey uns bis jetzt noch keine öffentliche Strafe damit verbunden worden, und davon hange ja bekanntlich die heutige Anwendbarkeit der Römischen Pönal- und gemischten Klagen ab. Die Richtigkeit dieser Theorie werde durch den Ausspruch des römischen Juristen Paulus außer Zweifel gesetzt, welcher *L. 6. D. de Iniur.* sage:

Plane si actum sit iudicio publico, denegandum est privatum.

Die meisten heutigen Rechtsgelehrten [43]) gehen den Mittelweg. Sie behaupten, daß zwar die in dem Aquilischen Gesetz bestimmten Privatstrafen nach dem heutigen Gerichtsgebrauche wegfielen, im Uebrigen aber fänden die Grundsätze des Römischen Rechts über die Klage wegen widerrechtlich erlittenen Schadens noch heut zu Tage ihre An-

41) Handbuch des Civilrechts I. Bd. S. 231. f.

42) Theorie der Culpa §. 18. S. 112. ff.

43) *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 10. STRYK Us Mod. Pand. h. t. §. 2. et 3. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XIV. Th. 25. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 24. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 12. SCHILTER Prax. iuris Rom. in foris Germ. Ex. XIX. §. 60. sqq. PUFENDORF Observation. iur. univ. Tom. IV. Obs. 95. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 24. BOEHMER Doctr. de actionibus. Sect. II. Cap. XI. §. 21 — 23. Schmidt Lehrbuch von Klagen §. 1209. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. III. §. 3009. THIBAUT System des Pand. R. 2 Bd. §. 963. und 964. von Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 1. Th. Nr. XVI. S. 216. u. ff. u. a. m.

Anwendung. Diese letztere Meinung, wenn sich auch gleich nach theoretischen Gründen vieles dagegen einwenden läßt[44]), ist dennoch in der heutigen Praxis die gewöhnliche, wornach gesprochen wird. Die heutige Praxis weicht nämlich in folgenden Stücken von der Strenge des Aquilischen Gesetzes ab.

1). Alle Rechtsmittel, welche das Römische Recht wegen eines widerrechtlichen Schadens giebt, die *actio Legis Aquiliae directa*, *utilis*, und die *actio in factum*, gehen jetzt nur auf reinen Schadensersatz; und zwar wird nur auf den Werth Rücksicht genommen, den die Sache zur Zeit der Beschädigung hatte, ohne die verschiedenen Fälle, wovon das erste und dritte Capitel des Aquilischen Gesetzes handeln, weiter von einander zu unterscheiden. Doch kann auch alles erweisliche Interesse, nach den oben vorgekommenen Grundsätzen, ohne Zweifel in Anschlag gebracht werden[45]). Was also oben (S. 369.) von der successiven Concurrenz der Contractsklage und der actio Legis Aquiliae gesagt worden ist, wenn man in Rücksicht des Objects durch die letzte noch mehr erhalten konnte, als durch die erste, fällt jetzt weg[46]). Dahingegen kann die actio Legis

44) S. Webers Versuche über das Civilrecht S. 66—69.

45) Man vergleiche hier vorzüglich Joh. Christ. Conr. Schröters vermischte juristische Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Rechts 1. Bd. S. 493. ff. *Gall. Aloys.* KLEINSCHROD Doctrina de reparatione damni delicto dati. Specim. I. (*Wirceburgi 1798.* 4.) §. 17. et 18. und Carl Aug. Tittmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts 1. Theil (Halle 1806. 8.) §. 170.

46) THIBAUT System des Pand. R. 2. Bd. §. 964.

gis Aquiliae gegen einen Contrahenten auch noch heut zu Tage auf Ersatz eines jeden Schadens angestellt werden, den er durch unvorsichtige positive Thätigkeit verursacht hat, ohne auf den Grad des Versehens Rücksicht zu nehmen[47]). Jedoch fällt

2) die Verurtheilung auf das Doppelte, wegen argelistigen Läugnens, heut zu Tage weg. Indessen weichen hierin selbst manche practische Rechtsgelehrten[48]) von der gewöhnlichen Meinung ab.

3) Haben mehrere zusammen den Schaden angerichtet, so sind sie entweder alle als Urheber der rechtswidrigen Handlung anzusehen, aus welcher der Schade entstanden ist, oder nur einer ist als Urheber, der andere als Gehülfe, das ist, als ein solcher anzusehen, welcher die unerlaubte That nur auf irgend eine Art befördert hat, die von dem ersten begangen worden ist. Jene haften zwar auch noch heut zu Tage in solidum, und zwar ohne Unterschied, sie mögen alle, oder nur einer aus bösem Vorsatz gehandelt haben, und der andere in einer bloßen Culpa seyn[49]). Hat jedoch einer von denselben den ganzen Schadensersatz geleistet, so sind die übrigen von allem weitern Anspruche

47) *Ge. Frid.* KRAUS Diss. de Lege Aquilia in eos etiam, quos contractus ad exactissimam diligentiam non obligat, culpam levissiman vindicante. §. 14.

48) LAUTERBACH c. l. §. 24. und HOFACKER c. l. §. 3009. in fine.

49) S. KLEINSCHROD cit. Doctrina Specim. I. §. 9. et 10. und Carl Aug. Tittmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 175. S. 446.

Da jedoch während der Ehe keine Pönalklage unter Ehegatten statt findet [36]); so behauptet Suarez [37]) nicht ohne Grund, daß die Aquilische Klage unter Eheleuten, auch selbst im Läugnungsfalle, immer nur auf einfachen Ersatz gehe. Eben dies ist auch die Meinung der griechischen Scholiasten [38]), welche bey der angeführten *L.* 27. §. 30. *h. t.* die Bemerkung gemacht haben. Πλὴν εἰς τὸ ἁπλοῦν, κἂν ἀρνήσηται, καταδικάζεται. i. e. *Sed in simplum, etiamsi inficiata sit, condemnatur.*

§. 705.

Heutiger Gebrauch des Aquilischen Gesetzes.

Ob die Lex Aquilia noch heut zu Tage eben dieselbe Anwendbarkeit habe, wie zu Ulpians Zeiten? ist unter den heutigen Rechtsgelehrten sehr streitig. Thomasius [39]), dem auch Höpfner [40]) beystimmt, glaubt, daß von dem Gesetz selbst in Deutschland keine Anwendung zu machen sey. Denn die wegen eines damni iniuria dati Statt findende Klage, deren man sich heut zu Tage bedient, sey nicht auf das Aquilische Gesetz, sondern auf das deutsche Recht, und auf die natürliche Billigkeit gegründet. In so weit also die Verordnungen dieses Gesetzes bloße Vorschriften

36) *L.* 2. *C. rerum amotar.*

37) Comm. ad L. Aquil. Lib. II. Cap. III. Sect. III. nr. 49. pag. 127.

38) Ad Basilicor. Lib. LX. Tit. 3. Tom. VII. pag. 96. ad verb. *Matrimonio.*

39) Diss. de larva Legis Aquiliae detracta actioni de damno dato, receptae in foris Germanorum. *Halae 1703.*

40) Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1060.

schriften des Naturrechts sind, wären sie auch bey uns gültig. Dagegen behaupten Schöman [41]) und Löhr [42]), daß sich die heutige Anwendbarkeit des Aquilischen Gesetzes mit Grund nicht bezweifeln lasse. Denn es sey ja bey uns bis jetzt noch keine öffentliche Strafe damit verbunden worden, und davon hange ja bekanntlich die heutige Anwendbarkeit der Römischen Pönal- und gemischten Klagen ab. Die Richtigkeit dieser Theorie werde durch den Ausspruch des römischen Juristen Paulus außer Zweifel gesetzt, welcher *L. 6. D. de Iniur.* sage:

Plane si actum sit iudicio publico, denegandum est privatum.

Die meisten heutigen Rechtsgelehrten [43]) gehen den Mittelweg. Sie behaupten, daß zwar die in dem Aquilischen Gesetz bestimmten Privatstrafen nach dem heutigen Gerichtsgebrauche wegfielen, im Uebrigen aber fänden die Grundsätze des Römischen Rechts über die Klage wegen widerrechtlich erlittenen Schadens noch heut zu Tage ihre

41) Handbuch des Civilrechts I. Bd. S. 231. f.

42) Theorie der Culpa §. 18. S. 112. ff.

43) *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 10. STRYK Us Mod. Pand. h. t. §. 2. et 3. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XIV. Th. 25. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 24. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 12. SCHILTER Prax. iuris Rom. in foris Germ. Ex. XIX. §. 60. sqq. PUFENDORF Observation. iur. univ. Tom. IV. Obs. 95. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 24. BOEHMER Doctr. de actionibus. Sect. II. Cap. XI. §. 21 — 23. Schmidt Lehrbuch von Klagen §. 1209. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. III. §. 3009. THIBAUT System des Pand. R. 2 Bd. §. 963. und 964. von Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 1. Th. Nr. XVI. S. 216. u. ff. u. a. m.

Anwendung. Diese letztere Meinung, wenn sich auch gleich nach theoretischen Gründen vieles dagegen einwenden läßt[44]), ist dennoch in der heutigen Praxis die gewöhnliche, wornach gesprochen wird. Die heutige Praxis weicht nämlich in folgenden Stücken von der Strenge des Aquilischen Gesetzes ab.

1). Alle Rechtsmittel, welche das Römische Recht wegen eines widerrechtlichen Schadens giebt, die *actio Legis Aquiliae directa*, *utilis*, und die *actio in factum*, gehen jetzt nur auf reinen Schadensersatz; und zwar wird nur auf den Werth Rücksicht genommen, den die Sache zur Zeit der Beschädigung hatte, ohne die verschiedenen Fälle, wovon das erste und dritte Capitel des Aquilischen Gesetzes handeln, weiter von einander zu unterscheiden. Doch kann auch alles erweisliche Interesse, nach den oben vorgekommenen Grundsätzen, ohne Zweifel in Anschlag gebracht werden[45]). Was also oben (S. 369.) von der successiven Concurrenz der Contractsklage und der actio Legis Aquiliae gesagt worden ist, wenn man in Rücksicht des Objects durch die letzte noch mehr erhalten konnte, als durch die erste, fällt jetzt weg[46]). Dahingegen kann die actio Legis

44) S. Webers Versuche über das Civilrecht S. 66—69.

45) Man vergleiche hier vorzüglich Joh. Christ. Conr. Schröters vermischte juristische Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Rechts 1. Bd. S. 493. ff. *Gall. Aloys.* KLEINSCHROD Doctrina de reparatione damni delicto dati. Specim. I. (*Wirceburgi 1798.* 4.) §. 17. et 18. und Carl Aug. Tittmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts 1. Theil (Halle 1806. 8.) §. 170.

46) THIBAUT System des Pand. R. 2. Bd. §. 964.

gis Aquiliae gegen einen Contrahenten auch noch heut zu Tage auf Ersatz eines jeden Schadens angestellt werden, den er durch unvorsichtige positive Thätigkeit verursacht hat, ohne auf den Grad des Versehens Rücksicht zu nehmen[47]). Jedoch fällt

2) die Verurtheilung auf das Doppelte, wegen argelistigen Läugnens, heut zu Tage weg. Indessen weichen hierin selbst manche practische Rechtsgelehrten[48]) von der gewöhnlichen Meinung ab.

3) Haben mehrere zusammen den Schaden angerichtet, so sind sie entweder alle als Urheber der rechtswidrigen Handlung anzusehen, aus welcher der Schade entstanden ist, oder nur einer ist als Urheber, der andere als Gehülfe, das ist, als ein solcher anzusehen, welcher die unerlaubte That nur auf irgend eine Art befördert hat, die von dem ersten begangen worden ist. Jene haften zwar auch noch heut zu Tage in solidum, und zwar ohne Unterschied, sie mögen alle, oder nur einer aus bösem Vorsatz gehandelt haben, und der andere in einer bloßen Culpa seyn[49]). Hat jedoch einer von denselben den ganzen Schadensersatz geleistet, so sind die übrigen von allem weitern Anspruche

47) *Ge. Frid.* KRAUS Diss. de Lege Aquilia in eos etiam, quos contractus ad exactissimam diligentiam non obligat, culpam levissiman vindicante. §. 14.

48) LAUTERBACH c. l. §. 24. und HOFACKER c. l. §. 3009. in fine.

49) S. KLEINSCHROD cit. Doctrina Specim. I. §. 9. et 10. und Carl Aug. Tittmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 175. S. 446.

frey [50]). Wenn hingegen von mehreren der eine als Urheber, der andere als Gehülfe an der rechtswidrigen Handlung Theil nahm; so ist zwar der Natur der Sache nach dieser so gut, als jener, zur Privatgenugthuung verbunden. Denn diese Verbindlichkeit beruhet überhaupt auf der widerrechtlichen Handlung [51]). Allein der Gerichtsgebrauch macht zunächst den Urheber verantwortlich, welcher hauptsächlich für den Schaden haftet. Der Gehülfe ist nur in sofern verbindlich, als seine Handlung den Schaden selbst bewirkt hat, und der Urheber zu unvermögend ist, die Genugthuung zu leisten [52]). Dahingegen haben bloße Begünstiger keine Verbindlichkeit zur Entschädigung, weil der Schade nicht aus ihrer widerrechtlichen Handlung entstand. Daher wirkt heutigen Tages die bloße Genehmigung einer Schadensstiftung noch keine Verbindlichkeit zur Privatgenugthuung, ausgenommen bey Ehrenverletzungen, wo die Genehmigung selbst Beleidigung wird [53]). Denn die Römi-

50) SCHILTER Prax. Iur. Rom. Ex. XIX. §. 70. STRYK Us. Mod. Pand. h. t. §. 21. *de* BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. IX. §. 12. not. 3. Schröter a. a. O. S. 491. Zwar will CARPZOV P. II. Decis. 90. den correis das beneficium divisionis einräumen. Allein daß dieses hier nicht Statt finde, wo die Correalverbindlichkeit aus einer rechtswidrigen Handlung entspringt, zeigt BOEHMER in Meditat. ad Art. 204. C. C. C. §. 6. Man sehe auch HOFACKER c. l. §. 3009. not. g. und Tittmann a. a. O. S. 446.

51) Tittmann a. a. O. S. 448.

52) §. 11. *I. de obligat. quae ex delicto nasc.* L. 4. §. 5. D. *de vi bonor. rapt.* L. 55. D. *pro socio.* *Frid. Es.* PUFENDORF Commentat. de culpa P. III. Cap. 1. §. 26. sqq.

53) S. KLEINSCHROD Doctrina cit. Specim. I. §. 7. et 8. WESTPHAL Diss. de consortibus et adiutoribus criminum eorumque poena

Römischen Gesetze, welche die Genehmigung der Schadensstiftung gleichsetzen [54]), haben nie gerichtlichen Gebrauch erhalten [55]).

4) Die Verbindlichkeit zum Schadensersatz wird heut zu Tage als eine auf dem Vermögen des Schadenstifters haftende Schuld angesehen, welche mit demselben auf jeden Erwerber übergeht. Daher sind, nach dem heutigen Gerichtsgebrauche, die Erben unbedingt verbunden, den von ihrem Erblasser zugefügten Schaden aus dem Nachlasse zu ersetzen, jedoch weiter nicht, als so weit die Erbschaftsmasse zum Ersatz zureicht [56]). Die Praxis nimmt hier das Canonische Recht zur Richtschnur an [57]), wenn gleich dasselbe eigentlich nicht die weltliche, sondern nur die

poena et noxa. Cap. IV. §. 30. sqq. und Tittmann im angef. Handbuch 1. Th. §. 175. S. 447. f.

54) *L. 1. §. 14. D. de vi et vi arm. L. 152. §. 2. D. de Reg. iur.*

55) S. *Casp.* ZIEGLER Diss. de ratihabitione, eiusque effectu iuris §. 23. (in EIUS *Disceptat. for.* Nr. 17.) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXIII. Corol. 1. et Specim. DXXXIV. medit. 11. et 12. Tittmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts. 1. Th. §. 127. Not. p. S. 310.

56) KLEINSCHROD Doctr. cit. de reparatione damni delicto dati. Specim. I. §. 12—14. und Tittmann a. a. O. §. 176.

57) *Cap. 14. X. de Sepult. Cap. 5. X. de rapt.* LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. CXII. Cor. 3. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. IV. Observ. 95. Schröters vermischte juriſt. Abhandlungen. 1. Bd. S. 492. a. E. von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. 1. Th. §. 87. S. 124. KLEINSCHROD cit. loc. §. 14. und Tittmann a. a. O. §. 176. Not. n. S. 449.

die geistliche Gewalt für hinreichend hält, die Erben um des Seelenheils ihres Erblassers willen zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit zu zwingen [58]).

5) Nach der heutigen Praxis kann ferner mit der actio Legis Aquiliae utilis auch auf Schmerzengeld geklagt werden [59]). In den deutschen Gesetzen ist dieses ausdrücklich gegründet [60]), und findet neben der Verbindlichkeit zum Ersatz des Heilerlohns, der Versäumnißkosten, und der übrigen oben (S. 342.) näher angegebenen Entschädigung des Verwundeten Statt [61]). Die Größe dieses Geldes bestimmt der Richter nach der Beschaffenheit der Verwundung und der Dauer der Cur [62]). Gewöhnlich wird hier-

58) S. von Löhr Theorie der Culpa §. 18. S. 113.

59) *Pet.* MÜLLER Diss. de pecunia doloris. *Ienae 1686.* von Quistorp Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien (Rostok und Leipz. 1787. 8.) Abh. 23. und Ludw. Joh. Dankwarth über Schmerzgeld. Rostok 1788.

60) P. G. O. Carls V. Art. 20. Grolman Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 248.

61) Anderer Meinung sind zwar *Io. Andr.* FRIEDERICH in Diss. de vulnerationum satisfactione e Germanorum legibus caute derivanda. *Altdorfii 1781.* und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. II. not. x. Allein daß nach dem heutigen Gerichtsgebrauche die Sache ausser Zweifel sey, bestätigen STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 10. VOET Comm. h. t. §. 11. PUFENDORF Observat. iur. univ. T. IV. Obs. 51. Meisters rechtliche Erkenntnisse in peinl. Fällen. 1. Th. Decis. 30. nr. 21. Tittmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinl. Rechts 1. Th. §. 171. Nr. IV. S. 432.

62) MÜLLER cit. Diss. Cap. III. Th. 2. et 3. und Tittmann a. a. O. S. 432.

hierbey die Summe der Curkosten zum Maasstabe angenommen [63]). Sogar die Erben des Verwunders sind noch zur Bezahlung des Schmerzengeldes verbunden, wenn gleich die Klage bey Lebzeiten ihres Erblassers nicht war angestellet worden [64]). Nur die Erben des Verwundeten können das Schmerzengeld nicht mehr fordern [65]); auch nicht der Verwundete, wenn er Urheber des Streits war, in welchem die Verletzung erfolgte [66]); obwohl der Umstand, daß man den Streit selbst angefangen hat, den Anspruch auf Schadenersatz, nämlich auf Vergütung der Cur- und Heilungskosten, nicht ausschließt, wenn nämlich der Andere sich eines groben Excesses schuldig gemacht haben sollte [67]).

Endlich ist noch

6) zu bemerken, daß die heutige Praxis auch wegen der Verunstaltung einer Person, außer der Verbindlichkeit zum Unterhalte, wenn sie durch Lähmung, oder Beraubung des Gesichts, zur Treibung ihres Gewerbes gänzlich unbrauchbar gemacht worden ist, noch einen Anspruch auf Entschädigung Statt finden läßt, wenn nämlich dadurch

63) Quistorps Grundsätze des peinl. Rechts 1. Th. §. 337. S. 505.

64) Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden. §. 1208. Not. m.

65) Quistorp in den angef. Grundsf. §. 337. S. 506.

66) S. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. II. Obs. 383. *Ge. Iac. Frid.* MEISTER Princip. iur. crim. Germ. commun. §. 173. in fin. pag. 185.

67) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 52. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXII. medit. 2. et 3. und Quistorp Grdsf. des P. R. 1. Th. §. 336.

durch das künftige Fortkommen des Beschädigten erschwert wird [68]). Diese Entschädigung findet nicht blos bey Frauenspersonen Statt, wenn ihnen durch die Verunstaltung die Hoffnung einer ehelichen Versorgung ist vereitelt worden [69]); sondern auch bey Mannspersonen, wegen Verhinderung zu gewissen Aemtern, bey welchen die Verunstaltung einen Anstoß geben würde [70]).

Daß übrigens die Stiftung eines rechtswidrigen Schadens zuweilen eine öffentliche Strafe zur Folge haben könne, leidet keinen Zweifel. Jedoch ist diese Strafe, wo die That nicht in ein besonderes benanntes Verbrechen übergeht, gewöhnlich der richterlichen Willkühr überlassen [71]).

Nach den Grundsätzen des Aquilischen Gesetzes pflegt man heut zu Tage auch die Frage zu entscheiden, ob ein Verleger wegen eines ihm confiscirten Buchs Entschädigung fordern könne [72])? Man unterscheidet nehmlich auf folgende Art. Das Buch ist entweder unter Auctorität

der

68) STRYK Us. Mod. Pand. Lib. IX. Tit. 3. §. 5. *van* LEEUWEN Censur. for. Lib. V. cap. 21. nr. 18. SCHILTER Prax. Iur. Rom. in for. Germ. Exercit. XIX. §. 34. sqq. *Io. Sam. Frid.* BOEHMER ad *Carpzovium* Qu. XCIX. Observ. 1. Quistorps Grundsätze des peinl. Rechts. 1. Th. §. 337.

69) S. BOEHMER c. l.

70) S. SCHILTER c. l. §. 37. Grolmans Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 248. Not. b. S. 355. und Tittmanns Handbuch des deutschen peinl. Rechts 1. Th. §. 171. Not. r. S. 431.

71) Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 311.

72) S. Schlötzers Staatsanzeigen Heft 72. des 18. Bandes S. 453.

des rechtmäßigen Censors gedruckt worden, oder nicht. In dem letztern Falle hat sich der Verleger den Schaden selbst zugezogen, und er kann daher keine Entschädigung fordern, weil der Auctor und Verleger in pari reatu versiren. In dem ersten Falle hingegen kann sich zwar der Verleger nicht an den Verfasser des Buchs halten. Denn wenn ein Verfasser sein Buch der Censur unterwirft, und es wird zum Druck gelassen, so ist er außer aller Verantwortung [73]). An wen wird sich also hier der Verleger halten müssen? Man unterscheidet hier so. Entweder hat sich der Censor eines Fehlers in seinem Amte schuldig gemacht, daß er ein schädliches Buch zum Druck gelassen, oder es kann auch diesem nichts zur Last gelegt werden. Im ersten Falle muß sich der Verleger an den Censor halten, und gegen diesen die actio Legis Aquiliae utilis anstellen [74]). In dem letztern Falle hingegen, wenn der Staat dafür hält, daß, der gesetzlich beobachteten Form ungeachtet, dennoch das Buch zu verbieten sey, so muß ihn der Staat entschädigen, weil der Verleger alsdann um des gemeinen Bestens willen leidet [75]).

73) *L. 167. §. 1. D. de Reg. iuris.*

74) *Arg. L. 8. et 9. pr. D. h. t. L. 9. §. penult. D. Locati cond.*

75) *Arg. L. 1. D. ad Leg. Rhod. de iactu.*

Lib. IX. Tit. III.

De his, qui effuderint, vel deiecerint.

§. 706.

Verschiedene Rechtsmittel wegen eines durch Werfen oder Gießen aus einem Hause auf die Straße zugefügten Schadens.

Eine besondere Art des damni iniuria dati ist der Schade, welcher dadurch zugefügt wird, daß Etwas aus einem Hause auf die öffentliche Straße, ohne vorhergegangene Warnung, gegossen oder geworfen worden ist [76]). In einem solchen Falle kann nicht nur gegen den Thäter, wenn dieser ausfindig zu machen ist, mit der actione Legis Aquiliae, oder actione iniuriarum geklagt werden; sondern es haftet auch wegen eines solchen Schadens der Hauswirth selbst, oder der Bewohner der Etage, aus welcher gegossen oder geworfen worden ist, quasi ex delicto für das Versehen seiner Hausleute [77]). Jedoch bleibt ihm der Regreß

76) Dem Herunterwerfen wird das Herunterfallen gleichgeachtet, es mag entweder beym Aufhängen oder erst nachher geschehen seyn. *L. 1. §. 3. D. h. t.*

77) *§. 1. I. de obligat. quae quasi ex delicto nasc.* Item is, ex cuius coenaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, deiectum effusumve aliquid est, ita, ut alicui noceret, *quasi ex maleficio* obligatus intelligitur. Ideo autem non

Regreß gegen den Thäter unbenommen. Die Klage gegen den Bewohner des Hauses ist die *actio in factum de effusis vel dejectis*, und zwar kann dieselbe,

1) wenn der zugefügte Schade einer bestimmten Schätzung fähig ist, auf den Ersatz des doppelten Werths gerichtet werden [78]).

2) Wenn ein freyer Mensch dadurch getödet worden ist, so steht die Klage jedem Bürger zu. Denn es ist eine actio poenalis und popularis. Treten mehrere zugleich als Kläger auf, so sind diejenigen vor allen andern zuzulassen, welche ein besonderes Interesse dabey haben, oder mit dem Getödeten verwandt oder verschwägert sind [79]). Die Klage geht hier auf 50 aureos [80]), und dauert nur ein Jahr [81]).

3) Ist ein freyer Mensch blos verwundet worden, so kann die Klage sowohl von dem Verwundeten selbst, als von jedem andern Kläger auf dasjenige angestellet werden, was nach richterlichem Ermessen bestimmt werden wird; jedoch mit dem Unterschiede, daß in jenem Falle die actio perpetua, in diesem aber nur annua ist [82]). Der Richter bestimmt

non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi, aut liberi. S. Weber's systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 19. S. 51. f.

78) *L. 1. §. 4. D. h. t.*

79) *L. 5. §. 5. D. h. t.*

80) *L. 1. §. 5. D. eod.*

81) *L. 5. §. 5. D. h. t.*

82) *L. 5. §. 5. D. h. t.*

bestimmt die Entschädigung des Verwundeten nach dem Verhältniß der Cur- und Versäumungskosten, so wie auch der verursachten Untauglichkeit zum Arbeiten, jedoch nach dem Römischen Rechte ohne Rücksicht auf die entstandene Verunstaltung [83]). Heutigen Tages aber wird noch überdem dem Verwundeten ein Schmerzengeld, so wie auch eine Entschädigung wegen erlittener Verunstaltung zugesprochen [84]).

Hieraus erklären sich nun die Worte des prätorischen Edicts, welche uns Ulpian aufgezeichnet hat. Er sagt nämlich *L.* 1. *pr. D. h. t.*

Praetor ait de his, qui dejecerint, vel effuderint: *Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet, vel in quo consistetur, dejectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. Si eo ictu homo liber periisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo. Si vivet, nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur, eum, cum quo agetur, condemnari, tanti iudicium dabo. Si servus insciente domino feciisse dicetur, in iudicio adjiciam, aut noxam dedere* [85]).

§. 707.

83) *L. ult. D. h. t.*

84) S. Schmidt theoret. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 5. Band §. 1303. und §. 1304. Nr. 4. S. 188.

85) Man vergleiche über dieses Edict *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. *Operum* Tom. II. 227. sqq. und besonders *Ev.* OTTO de tutela viarum publicarum P. III. Cap. 5.

§. 707.

Gründe der Verbindlichkeit des Bewohners.

Es scheint auf den ersten Blick hart zu seyn, wenn nach dem angeführten Edict der Hauswirth für die Schuld seiner Hausleute haften soll. Denn daß der Bewohner schon darum allemal in culpa seyn solle, weil er nicht vorsichtiger bey der Aufnahme seiner Hausleute gewesen, wie Voet [86]) behauptet, läßt sich, wenn man der Erfahrung, und den Gesetzen der Vernunft nicht widersprechen, wenn man keine Unmöglichkeiten zu Pflichten machen will, keinesweges annehmen. Nein, der Wirth und Bewohner des Hauses kann, moralisch betrachtet, ganz schuldlos seyn, und doch läßt sich die scheinbare Härte des prätorischen Edicts sehr wohl rechtfertigen. Denn einmal macht die Beförderung der öffentlichen Sicherheit eine solche Legislation ganz unentbehrlich, weil der wahre Thäter in solchen Fällen, da Etwas aus einem Hause gegossen oder geworfen wird, von dem Beschädigten nicht leicht ausfindig gemacht werden kann. Mit Recht sagt daher Ulpian [87]): Summa cum utilitate id Praetorem edixisse. *Publice enim utile est, sine metu et periculo per itinera commeari.* Sodann aber bleibt es ja dem Wirth unbenommen, seinen Regreß an den wahren Urheber zu nehmen, den er zu entdecken, eher Gelegenheit hat, als der Beschädigte [88]). Die Regreß-

86) Comm. ad Pand. h. t. §. 1.

87) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

88) *Notandum enim*, sagt WERNHER in lectiss. Commentatt. in Pandect. h. t. §. 2. *regressui in quasi delictis locum esse, qui in veris delictis denegatur.*

greßklage, welche gegen den entdeckten Thäter angestellt werden kann, ist entweder die allgemeine Entschädigungsklage, *actio in factum*, oder wenn derselbe ein Miethmann ist, die *actio locati*[89]). Daß nun freylich manches Individuum hier, ohne alles Verschulden, das Vergehen eines Andern büßen müsse, ohne je Hoffnung zu haben, eine Vergütung wieder zu erlangen, ist nicht zu läugnen. Allein dieser zufällige Umstand kann doch, wie Weber[90]) sehr gründlich bemerkt hat, dem Gesetzgeber, der nur auf das Ganze Rücksicht nimmt, und nehmen kann, auf keine Weise zur Last gereichen[91]). Eben darum, weil der Beschädigte geradezu den Bewohner des Hauses belangen kann, ohne verbunden zu seyn, denselben als den Urheber oder Theilnehmer der Handlung anzuklagen, heißt es in unsern Gesetzen[92]): Habitatorem aedium ideo non proprie ex maleficio, sed *quasi ex delicto* obligatum intelligi, *quia plerumque ob alterius culpam tenetur.*

§. 708.

Actio in factum de deiectis et effusis.

Die *actio in factum de effusis et deiectis* steht nun also demjenigen zu, welcher durch das Herunterwerfen oder Heruntergießen aus einem Hause einen Schaden erlitten hat.

89) *L. 5. §. 4. D. h. t.* Ger. NOODT Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 10.

90) Systemat. Entwik. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 19. S. 52.

91) *L. 10. D. de Legib.*

92) *L. 5. §. 5. D. de obligat. et actionib.*

hat. Ist das Herunterwerfen aus einem andern Orte geschehen, der eigentlich nicht bewohnt wird, z. B. aus einem Schiffe, oder Gewächshause, u. d. so ist diese Klage eine *actio utilis* [93]). Die Klage steht auch dem Erben des Beschädigten zu, ja, wenn ein freyer Mensch dadurch getödet, oder verwundet worden ist, so ist jeder Bürger zur Anstellung dieser Klage berechtiget.

Sie wird nicht gegen den Eigenthümer des Hauses, als solchen, sondern gegen den Bewohner angestellt [94]), er mag Eigenthümer seyn, oder das Haus blos gemiethet haben, oder auch solches unentgeldlich bewohnen [95]). Auch gegen denjenigen findet die Klage Statt, der ein Zimmer nicht zur Bewohnung, sondern blos zu gewissen Geschäften gemiethet hat [96]). Gegen einen Fremden hingegen, der sich nur als Gast eine zeitlang in dem Hause aufhält, kann diese Klage nicht angestellet werden, sondern gegen denjenigen, der ihm das Logis eingeräumt hat [97]). Ist das Ausgießen oder Auswerfen aus einem solchen Orte geschehen, welcher kein Wohnhaus ist, so ist der Beklagte derje-

nige,

93) *L. 6. §. 3. D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 2.

94)) *L. 1. §. 4. D. h. t.* Haec in factum actio in eum datur, *qui inhabitat*, cum quid deiiceretur, vel effunderetur, *non in dominum aedium.*

95) §. 1. *I. de obligat. quae quasi ex delicto nasc. L. 5. §. 5. D. de obligat. et action.* Man vergleiche hier vorzüglich VOET Comm. h. t. §. 1.

96) *L. 5. §. 3. D. h. t.*

97) *L. 1. §. 9. D. h. t.*

nige, welcher solchen, gleich einem Bewohner, inne hat; und bey einem Schiffe besonders derjenige, welcher demselben vorgesetzt ist [98]).

Bewohnen mehrere das Haus, so ist zu unterscheiden. Entweder sind ihre Wohnungen abgetheilt, und dann kann nur derjenige allein belangt werden, aus dessen Theile geworfen oder gegossen worden ist [99]); oder sie bewohnen das Haus mit einander ungetheilt. Hier haftet zwar einer so gut, wie der andere, in solidum, hat jedoch einer das Ganze bezahlt, so sind die übrigen von der Klage befreyet [100]). Der Grund hiervon ist, weil die Verbindlichkeit des Bewohners hier nicht aus einem wirklichen Delict, sondern nur quasi ex delicto herrührt. Aus gleichem Grunde kann auch derjenige, welcher bezahlt hat, seinen Theilhaber an der Wohnung auf Wiedererstattung des verhältnißmäßigen Antheils belangen [1]).

Gegen die Erben des Bewohners kann die Klage nicht angestellet werden [2]). Doch weicht hierin das heutige Recht, wie Hellfeld bemerkt, von dem Römischen Rechte eben so

98) *L. 6. §. 3. D. h. t.* S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. Theil §. 1302.

99) *L. 5. pr. D. eodem.*

100) *L. 1. §. 10. L. 2. L. 3. D. h. t.*

1) *L. 4. D. h. t.* STRUV Synt. iuris civ. Exercit. XIV. Th. 33. und Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 19. a. E. S. 52.

2) *L. 5. §. 5. D. h. t.*

so ab, wie bey der Verbindlichkeit aus einem wirklichen Delict [3])

§. 709.

Bedingungen der Anwendbarkeit der Klage.

Soll übrigens die actio de effusis et deiectis Statt finden, so muß

1) das Ausgießen oder Auswerfen an einem Orte geschehen seyn, wo Leute zu gehen oder zu stehen pflegen; (*ubi vulgo iter fit* [4]).

2) Es muß keine Warnung vorausgegangen seyn. Hingegen ist es einerley, ob es bey Tage, oder zur Nachtzeit geschehen ist [5]).

§. 699.

Klagen wegen des gefährlichen Aufstellens oder Aushängens.

Zuweilen machen die Gesetze Jemanden, von dem wirklich noch gar kein Schade angerichtet worden ist, schon der bloßen Möglichkeit halber verantwortlich, und quasi ex maleficio straffällig. Dies ist der Fall, wenn Jemand an seinem Hause oder Logis über der öffentlichen Straße Etwas auf eine solche Art aufstellt oder aushängt, daß es leicht herunterfallen, und die Vorübergehenden beschädigen kann. Hierauf ist in dem römischen Recht eine Strafe

3) Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. Th. §. 1302. a. E. und §. 1303.

4) *L. 1. §. 2. D. h. t.*

5) *L. 6. §. 1. D. eodem.* VOET h. t. §. 5.

von zehen Ducaten gesetzt, um dadurch die Leute vorsichtig und die Straßen sicher zu machen. Die Klage, die deswegen der Prätor giebt, ist eine actio popularis, die jeder Bürger anstellen kann. Sie findet jedoch nicht, wie die actio de effusis et dejectis, gegen den Bewohner des Hauses, als solchen, sondern nur gegen den Statt, welcher die Sache ausgestellt oder ausgehängt hat. Man nennt sie *actio in factum de posito vel suspenso*, und sie ist eine reine Pönalklage, welche nach dem Römischen Rechte auf die Bezahlung einer Privatstrafe von zehn Ducaten gerichtet werden kann. Die Worte des Edicts lauten folgendermassen [6]).

Ne quis in suggrunda, protectove supra eum locum, qua vulgo iter fiet, inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. Qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum iudicium dabo. Si servus insciente domino feciſſe dicetur, aut aestimationem dari, aut noxae dedi iubebo.

Die actio in factum kann auch gegen den angestellet werden, der Etwas zwar nicht selbst aufgestellet hat, aber doch das von Andern gefährlich Aufgestellte duldet, da er es wegnehmen konnte und sollte. Ulpian [7]) sagt ausdrücklich:

Positum habere etiam is recte videtur, qui ipse quidem non posuit, *verum ab alio positum patitur.* Quare si servus posuerit, dominus autem positum patiatur, non noxali iudicio dominus, sed suo nomine tenebitur.

Nur

6) *L. 5. §. 6. D. h. t.*

7) *L. 5. §. 10. D. eodem.*

Nur gegen die Erben findet die Klage nicht Statt, weil sie eine reine Pönalklage ist [8]). Jedoch kann der Erbe, als solcher, die von dem verstorbenen Erblasser bereits angestellte Klage fortsetzen. Dies scheint mir der Sinn der Worte Ulpians [9]) zu seyn, wenn er sagt:

Ista autem actio popularis est, *et heredi similibusque competit.* In heredes autem non competit, quia poenalis est.

Popularklagen, als solche, gehen zwar freylich sonst nicht auf die Erben. Denn da diese Klagen jeder aus dem Volk anstellen kann, so wäre es ungereimt, wenn Jemand, als Erbe, klagen wollte. Gerhard Noodt [10]) findet daher hier eine Schwierigkeit, aus der er sich nicht zu helfen weiß. Er fertiget daher den Leser blos mit den Worten ab: Tu cogita! Cornelius Anton van Wachendorff [11]) glaubt hingegen der Schwierigkeit durch eine Emendation abhelfen zu können. Ihm scheint die gemeine Lesart, wenn sie auch gleich eben so in der Florentinischen Handschrift befindlich ist, fehlerhaft zu seyn; es müßte nämlich statt: et heredi, vielmehr *nec heredi* gelesen werden. Allein auch davon abgesehen, daß, ausser der genauen

8) *L. 5. §. ult. D. eodem.*

9) *L. cit. 5. §. ult. h. t.*

10) Commentar. ad Pand. h. t. Tom. II. pag. 231.

11) Specim. iurid. exhib. Obſervationes ad Leges quasdam ex iure civ. *Trajecti ad Rhen. 1756.* Cap. I. §. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. novo Diſſertation iurid. Belgicar.* Tom. II. Vol. II. pag. 159. ſqq.) Ihm ſtimmt auch WALCH in notis ad ECKHARDI *Hermeneut. iuris* Lib. I. §. 304. pag. 549. bey.

Uebereinstimmung aller bis jetzt bekannten Handschriften, die Basiliken [12]) die gemeine Lesearт bestärken; so widerstreitet ja dieser Emendation der ganze Zusammenhang. Eckolt [13]), Voet [14]) und Porhier [15]) wollen daher die Stelle so verstehen, die Klage komme dem Erben, nicht als Erben, sondern *ut uni ex populo* zu. Allein wozu bedurfte es dieser überflüßigen Bemerkung? Daß hingegen Popularklagen durch die Litiscontestation, als ein Privatrecht des Klägers, auf dessen Erben übergehen, lehrt Ulpian [16]) ausdrücklich, wenn er sagt: Quodsi ex popularі causa, ante litis contestationem recte dicetur creditoris loco non esse, postea esse.

Ist das gefährlich Aufgestellte heruntergefallen, so sind folgende Fälle zu unterscheiden.

1) Es

12) Tom. VII. Lib. LX. Tit. 4. Const. 5. §. ult. pag. 120. wo es heißt: Η παροῦσα ἀγωγὴ καθολικὴ ἐστι, καὶ ἀρμόξει διαδόχοις, οὐ μὴν κατὰ κληρονόμων, ποινάλια γάρ ἐστιν. D. h. *Haec actio popularis est, et competit successoribus, non in heredes, quia poenalis est.*

13) Compendiar. Pand. Tractat. h. t. §. 3. in nota.

14) Comm. ad Pand. h. t. §. 6. pr.

15) Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XVII. not. c.

16) *L. 12. pr. D. de Verb. Signific. Io.* GOEDDAEUS in Comment. repetit. praelect. in Tit. Pand. de Verb. Signif. ad h. L. 12. pag. 214. sagt: *Nam per litis contestationem popularis actio novata est, et, quae ante totius erat populi, nunc ad privatum hunc actorem solum per novam contractus formam in lite initam translata est.*

1) Es hat keinen Schaden angerichtet. Hier fällt alle Klage weg.

2) Es ist Jemand dadurch beschädiget worden. Denn kann dieser.

a) gegen den Urheber, der die Sache aufgestellt hat, *utiliter* aus dem Aquilischen Gesetz klagen. Die actio directa findet darum nicht Statt, weil der Urheber nicht unmittelbar selbst durch seine Handlung, sondern nur mittelbar den Schaden angerichtet hat [17]). Der Beschädigte kann aber auch

b) gegen den Bewohner des Hauses *actione in factum de effusis et deiectis* klagen [18]). Endlich hat auch noch

c) die *actio de posito vel suspenso utilis* Statt, welche auf die Strafe von 10 Ducaten geht. Diese Klage kann aber nicht gegen den Bewohner des Hauses, als solchen, sondern nur gegen den angestellt werden, welcher die Sache auf eine so gefährliche Art aufgestellet hatte, daß sie leicht herunterfallen konnte, obwohl auch gegen diesen die Klage nur in sofern Statt findet, als er entweder Eigenthümer des Hauses ist, oder wirklich in diesem Hause wohnt. Dies scheint mir der wahre Sinn der so sehr bestrittenen Stelle in der *L.* 5. §. 12. *D. h. t.* zu seyn, wo Ulpian sagt:

Si id, quod positum erat, deciderit et nocuerit, *in eum competit actio, qui posuit, non in eum, qui habita-*

17) S. Webers syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 20. Not. 1. S. 53.

18) VOET in Comm. h. t. §. 6.

habitaverit, quasi haec actio non sufficiat; quia positum habuisse non utique videtur, qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium, vel inhabitator. Nam et cum pictor in pergula [19]) clypeum [20]), vel tabulam expositam habuisset, eaque excidisset, et transeunti damni quid dedisset, *Servius* respondit, ad exemplum huius actionis, dari oportere actionem: hanc enim non competere palam esse; quia neque in suggrunda, neque in protecto tabula fuerat posita. Idem servandum respondit, et si amphora ex reticulo suspensa decidisset, et damni quid dedisset, quia et legitima et honoraria actio deficit.

So durchaus übereinstimmend auch die Leseart in allen bis jetzt bekannten Handschriften und Ausgaben der Pandecten ist; so glauben doch viele Ausleger, es müsse in diesem Fragment irgendwo ein Fehler liegen, weil es ausserdem keinen rechten Sinn und Zusammenhang habe. Cujaz [21]) meint daher, der Zusammenhang erfordere nothwendig eine Umsetzung der Anfangsworte. Man müsse nämlich folgendermassen lesen: *in eum competit actio, qui habitaverit, non in eum, qui posuit.* Ihm haben auch Pothier

19) *Pergula* ist eine Officin oder auch ein offener Laden, worin Künstler ihre Waaren zum Verkauf aufstellten. *L. 19. §. 2. D. de Iudic.* CUJACIUS Lib. XI. Observat. cap. 13. *Ger.* NOODT Commentar. ad Pand. Lib. V. Tit. 1. Tom. II. *Oper.* pag. 154.

20) *Clypeus* ist ein Gemählde in der Form eines Schildes. S. PLINIUS Lib. XXXV. *Histor. Natur.* cap. 3.

21) Observation. Lib. XXII. Cap. 32.

Pothier [22]) und Weber [23]) Beyfall gegeben. Allein schon Siegm. Reich. Jauch [24]) hat diese Emendation mit Recht verworfen. Sie widerstreitet offenbar den vorhergehenden Worten: *Coercetur autem, qui positum habuit, sive nocuit id, quod positum erat, sive non nocuit.* Hierzu kommt die bisher noch gar nicht benutzte Auctorität der Basiliken [25]), welche auch die gemeine Leseart bestärken. In denselben lautet die Stelle Ulpians folgendermassen:

Εὰν τὸ κρεμάμενον πεσὸν βλάψη, οὐ κατὰ τοῦ οἰκήσαντος δίδοται ἀγωγὴ, ἀλλὰ κατὰ τοῦ τεθεικότος. ἡ γὰρ παροῦσα ἰμφάκτουμ ἐκ ἀρκεῖ πρὸς τὴν ξημίαν· ὁ γὰρ τεθεικὼς οὐ δοκεῖ τεθεικέναι, εἰ μὴ κύριός ἐςι τοῦ οἴκου, ἢ ἔνοικος. i. e. *Si, quod suspensum erat, deciderit et nocuerit, non in eum, qui habitavit, sed in eum, qui posuit, datur actio. Haec enim actio in factum non sufficit ad damnum, quia is, qui posuit, non videtur posuisse, nisi dominus sit domus, vel inquilinus.*

Wenn jedoch Jauch der Meinung ist, Ulpian rede in dem gedachten Fragment von der Klage aus dem Aquilischen Gesetz, so widerspricht dieser Meinung, ob sie gleich auch von Struv [26]) und Thomasius [27]) behauptet wird, der

22) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XVI. not. a.

23) Entwickl. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit. §. 20. Not. 1. S. 54.

24) Meditat. critic. de Negationib. in Pandect. Cap. XII. pag. 198.

25) Tom. VII. Lib. LX. Tit. 4. Const. 5. §. 12. pag. 120.

26) Synt. iur. civ. Ex. XIV. §. 40.

27) ad HUBERI Praelect. ad Pandect. h. t. in Schol. ad Princ.

der ganze Zusammenhang des Fragments. Denn dieser lehrt offenbar, daß Ulpian vielmehr von der actione de suspenso utili rede, wie auch schon Huber ganz richtig dagegen erinnert hat. Gerhard Noodt [28]) glaubt einen Ausweg darin zu finden, daß er zwischen den Worten des Edicts de posito, und dem Geist desselben unterscheidet. Nach den erstern habe zwar die actio de suspenso utilis gegen den, qui posuit, schlechterdings statt, wenn er auch weder Eigenthümer noch Miethmann sey; nach dem letztern hingegen müsse der eine oder der andere Umstand vorhanden seyn, wenn die *actio in factum* begründet seyn solle. Es ist aber auch dieser Unterschied in dem Gesetz nicht zu befinden. Hübner [29]) hat daher durch eine von neuem versuchte Umsetzung der Worte der Schwierigkeit abzuhelfen gesucht. Er will nämlich mit Beybehaltung alles Uebrigen nur gelesen wissen: quia positum habuisse non utique videtur, nisi vel dominus fuit aedium, vel habitator, *qui posuit.* Der Sinn sey nun der, wenn Etwas von einem Andern, der nicht Bewohner des Hauses ist, auf eine gefährliche Art aufgestellet worden, welches heruntergefallen ist, und Schaden angerichtet hat; so habe die *actio in factum de posito utilis* Statt. (Denn die *actio directa* kann nach den Worten des Edicts nur dann angestellt werden, wenn das gefährlich Aufgestellte noch nicht geschadet hat.) Jedoch habe die *actio utilis* nur gegen den Statt, welcher das Heruntergefallene aufgestellt hatte, nicht gegen den Bewohner.

28) Comment. ad Pand. h. t. Tom. II. pag. 230.

29) *Christ. Gotth.* Hübner de natura obligationum, quae quasi ex contractu, et quae quasi ex delicto nascuntur, Conjectur. (*Lipsiae 1802. 8.*) Cap. 6.

ner. Gegen diesen habe nur die *actio de deiectis* Statt, bey welcher es nicht darauf ankomme, ob er von dem, was aufgestellet worden, etwas gewußt habe, oder nicht. Die *actio de posito* hingegen falle hier darum weg, weil man von dem Bewohner nicht schlechterdings sagen kann, *quod positum habuerit*; es müßte denn etwa derjenige selbst der Eigenthümer oder Bewohner des Hauses seyn, welcher die heruntergefallene Sache aufgestellt hatte. Allein das die Worte: *quia positum habuisse non utique videtur*, vielmehr auf den, *qui posuit*, als mit Hübner auf den, *qui inhabitaverit*, zu beziehen sind, lehren die Basiliken in der oben angeführten Stelle ganz unwidersprechlich. Hübner [30]) meint zwar, die *actio in factum de suspenso* finde contra omnem ponentem Statt, licet nec dominus sit aedium, nec inhabitator; und tadelt den gelehrten und scharfsinnigen Heinrich von Suerin [31]), welcher, wie ich glaube, dieses ganz richtig nach dem wahren Sinn des Gesetzes behauptet. Allein seine Meinung widerlegen nicht nur die angeführten Basiliken, welche bey dieser Stelle noch von keinem Ausleger, auch selbst von Suerin nicht, benutzt worden sind, sondern auch der griechische Scholiast [32]), welcher bey dieser Stelle die Bemerkung macht: Οὐδὲ κατὰ τὸ τεθεικότος μὲν, μήτε δὲ οἰκοῦντος, μήτε δεσπόζοντος τοῦ οἴκου, κἂν μὴ οἰκῇ, ἀλλὰ κατά τὸ τεθεικότος μόνον ὅτε ἦ κύριος ἐστιν, ἢ κἂν μὴ κύριος ᾖ τέως μέντοι

30) Cit. Conjectur. Cap. 6. pag. 83. sq.

31) Repetitar. Lection. iuris. civ. Libr. Cap. 20. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. IV. pag. 36.)

32) *Basilic.* Tom. VII. Lib. LX. Tit. 4. pag. 127. ad verba: *Non in eum, qui habitavit.*

μέντοι ἐνοικῇ. i. e. *Quin et in eum non datur, qui posuit, si neque dominus sit aedium, neque inquilinus. Sed in eum duntaxat, qui posuit, cum dominus esset, vel inquilinus.* Hierzu kommt aber noch vorzüglich die alles entscheidende Auctorität des Ulpians, welcher *L.* 5. §. 8. *D. h t.* zur Erläuterung des Edicts de posito vel suspenso ausdrücklich sagt:

Haec verba: *Ne quis* (scil. in Edicto Praetoris) ad *omnes* pertinent, vel *inquilinos*, vel *dominos aedium*: sive inhabitent; sive non, *habent tamen aliquid expositum bis locis.*

Noch zum Beschluß muß ich der Erklärung eines Voet [33]) gedenken, dessen Commentar hierüber doch billig auch von Hübner hätte verglichen werden sollen. Voet sagt, es sey nicht die Meinung des Gesetzes, die Klage de posito vel suspenso gegen den Bewohner des Hauses ganz zu versagen, sondern das Gesetz wolle nur soviel sagen, es werde, wenn das gefährlich Aufgestellt gewesene herunterfallen ist, nicht rathsam seyn, diese Klage anzustellen. Dies sey der eigentliche Sinn der Worte: *quasi haec actio non sufficiat*; weil aus dem Herunterfallen oft ein weit größerer Schaden entsteht, als daß dieser durch die Strafe von zehn Ducaten, worauf diese Klage geht, ersetzt werden könnte. Sollte indessen die aus dem Herunterfallen der aufgestellt gewesenen Sache entstandene Verletzung so geringfügig seyn, daß der Kläger mit der actio utilis de dejectis nicht einmal den Werth von zehen Ducaten erhalten würde, so könne er jetzt mit der actione de posito füglich auf

33) Commentar. ad Pand. h. t. §. 6.

auf die Strafe der zehn aureorum klagen. Allein der Ausdruck: *non ſufficit actio* wird in den Geſetzen nicht in der Bedeutung genommen, welche Voet ihm beylegt, ſondern heißt ſoviel, als non competit, non ſuppetit, deficit actio, wie Briſſonius [34]) aus vielen Stellen des römiſchen Geſetzbuches [35]) erwieſen hat.

§. 711.

Heutiger Gebrauch der erklärten Rechtsmittel.

Soviel den heutigen Gebrauch dieſer Rechtsmittel anbetrifft, ſo iſt zwar,

I. die *actio in factum de deiectis et effuſis* noch heut zu Tage darin eine überaus vortheilhafte Klage, daß der Beſchädigte mittelſt derſelben geradezu den Bewohner des Hauſes belangen kann, ohne daß er zu beweiſen braucht, daß dieſem eine Culpa dabey zur Laſt falle [36]). Allein nicht einerley Meinung ſind unſere Practiker darüber, ob dieſe Klage noch heut zu Tage auf das Doppelte gehe. Die Tübingiſchen Rechtsgelehrten [37]), denen unter den neuern

34) De Verbor. Significat. voc. *Sufficere.* nr. 5. pag. 1288.

35) *L. 22. D. Commodati. L. 45. D. Locati. L. 29. D. Communi divid. L. 43. D. de actionib. emti venditi.*

36) S. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 2. und WERNHER in lectiſſim. Commentat. in Pandect. P. I. h. t. §. 3. macht die ſehr gründliche Bemerkung: *Non auditur hic inhabitator, licet probare velit, ſe omnem diligentiam in recipiendis hominibus adhibuiſſe, unde quoque tenetur, licet alius in aedes ſe proripuerit, et aliquid deiecerit.*

37) Conſil. Tubingenſ. T. VI. Conſil. 19.

neuern auch Hofacker[38]) beystimmt, wollen den heutigen Gebrauch des doppelten Ersatzes bezeugen. Brunnemann[39]) und Struyk[40]) führen zur Bestärkung desselben noch insonderheit den Grund an, daß wenn sich auch heut zu Tage der Kläger gewöhnlich mit dem einfachen Schadensersatz begnüge, dieses doch einem andern Kläger nicht im Wege stehen könne, dasjenige zu fordern, was ihm die einmal in Deutschland aufgenommenen Gesetze des Römischen Rechts zuerkennen. Allein die meisten practischen Rechtsgelehrten[41]) vereinigen sich dennoch darin, daß die actio in factum de effusis et deiectis nach der heutigen Praxis nicht mehr auf den doppelten, sondern nur auf den einfachen Schadensersatz gehe.

II. Die actio popularis in factum, welche das Römische Recht in dem Falle, da ein freyer Mensch durch das Herunterwerfen einer Sache getödet worden ist, auf 50 aureos giebt, fällt heutigen Tages ganz weg. Statt dessen wird jetzt nach Beschaffenheit der Umstände eine willkührliche öffentliche Strafe erkannt[42]).

III. Ist

38) Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. III. §. 4044. not. i.

39) Comm. ad L. 1. D. h. t. nr. 5.

40) Uſ. mod. Pand. h. t. §. 2.

41) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. in fin. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XIX. §. 80. STRUV Syntagm. iur. civ. Tom. I. Exerc. XIV. Th. 41. MÜLLER ad *Struvium* c. l. not. *α*. pag. 883. TITIUS iur. privat. Rom. Germ. Lib. V. cap. V. §. 18. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Q. 5. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. XI. §. 16.

42) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 3. TITIUS cit. loc. §. 19. BOEHMER cit. loc. §. 17. Höpfner Commentar über die Institutionen §. 1086.

III. Ist Jemand dadurch blos verwundet worden, so klagt jetzt blos der Beschädigte auf Schadenersatz [43]), nämlich auf Erstattung der Cur- und Heilungskosten, desgleichen auf Entschädigung wegen der Versäumniß in seinen Geschäften während der Cur [44]). Daß heut zu Tage auch auf Schmerzengeld, nicht minder auf Entschädigung wegen erlittener Verunstaltung geklagt werden könne, sofern dadurch das künftige Fortkommen des Beschädigten erschwert wird, ist schon oben (§. 706. S. 394.) bemerkt worden.

IV. Hat Jemand etwas auf eine gefährliche Art aufgestellt oder ausgehängt, wo es leicht herunterfallen, und schaden kann; so findet heut zu Tage die *actio in factum de posito vel suspenso* nicht mehr Statt, sondern jeder kann es der Policey-Obrigkeit anzeigen, ohne daß es deshalb einer besondern Klage bedarf [45]). Der Antrag kann aber nur auf Entfernung der Gefahr gemacht werden, nicht auf eine Strafe von 10 Ducaten, welche jetzt wegfällt [46]). Die Obrigkeit untersucht alsdann die Gefahr. Kann nun der Denunciat das Aufgestellte oder Aufgehangene entrathen, so erläßt sie den Befehl, es bey Strafe wegzunehmen, oder es geschieht auch von der Policey selbst [47]).

Kann

43) BOEHMER Doctr. de actionib. c. 1. §. 17.

44) *L. ult. D. h. t.*

45) TITIUS in iure priv. Rom. Germ. Lib. V. cap. V. §. 21. BOEHMER Doctr. cit. §. 18.

46) S. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 1308. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4045. in fin.

47) WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 8. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. Th. §. 1308.

Kann aber der Denunciat das Ausgehängte nicht wohl entrathen, es ist z. B. ein Schild seiner Profession; so wird ihm bey Strafe anbefohlen, es besser zu befestigen. Endlich

V. wenn durch das Herunterfallen desjenigen, was auf eine gefährliche Art war aufgestellt oder ausgehängt worden, ein Schade geschehen ist; so kann deshalb blos auf Ersatz geklagt werden, und zwar gegen den Urheber mit der actio Legis Aquiliae, gegen den Bewohner des Hauses aber mit der actio de deiectis utili[48]).

48) MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 451. in fin. WERNHER lectiss. Commentat. ad Pand. h. t. §. 8.

Lib. IX. Tit. IV.

De noxalibus actionibus.

§. 712.

Begriff und Natur der Noxalklagen.

Ein Schaden konnte endlich auch durch die widerrechtliche Handlung eines fremden Sklavens angerichtet werden. Ein solcher Schade wird *noxa* oder *noxia* [49]) genennt, und die Klage, welche deshalb wider den Herrn desselben angestellt werden konnte, daß er den Schaden ersetze, wofern er nicht etwa, welches ihm in diesem Falle erlaubt war, dem Beschädigten den Sklaven statt des Ersatzes überlassen wollte, heißt *actio noxalis* [50]). Sie setzte ein begangenes Privatdelict voraus, das ist ein solches, weshalb auf eine Privatstrafe geklagt werden konnte, die blos dem Kläger zum Vortheil gereichte. Justinian [51]) gedenkt ausdrücklich nur des furti, des damni iniuriae ex Lege Aquilia, der iniuriarum und der vis bonorum raptorum. Ja er sagt geradezu [52]): *Noxia* est ipsum maleficium,

49) Noch mehrere Bedeutungen dieses Worts sind oben vorgekommen §. 692. nr. IV. S. 284. f.

50) *L. 1. D. h. t.*

51) *§. 4. I. de noxal. actionib.*

52) *§. 1. I. eodem.*

leficium, veluti furtum, damnum, rapina, injuria. Hatte ein Sklave ein öffentliches Verbrechen begangen, so konnte deswegen der Herr nicht belangt werden, insofern er dabey auſſer aller Schuld war; sondern der Sklave haftete deshalb selbst, so daß er mit der gebührenden Strafe belegt werden konnte[53]). Eben dies hatte in dem Falle Statt, wenn das, was einem Sklaven zur Last gelegt wurde, ein bloßes Quasidelict war[54]). Ihrer Natur nach waren übrigens die Noxalklagen nichts anders, als *qualitates adjectitiae directarum actionum*, d. i. ein Beysatz, der dem Namen derjenigen Klage, welche aus dem begangenen Privatdelict entstand, beygefügt wurde, um den Grund auszudrücken, warum deshalb der Herr in Anspruch genommen werden konnte[55]). Sie waren daher theils civiles, theils praetoriae, je nachdem die Hauptklage aus dem civil- oder prätorischen Rechte entstanden war[56]). Noxalklagen wurden ferner gegen den angestellt, welcher zu der Zeit Herr des Sklavens war, da die Klage angestellet wurde, wenn er es auch damals noch nicht war, als der Sklave durch das begangene Delict den Schaden anrichtete. Denn es tritt hier die Regel ein: *noxa caput sequitur*[57]). Daher gehören die Noxalklagen zu den actionibus

53) *L. 4. C. h. t. L. 2. C. de accusat. L. 12. §. 3. et 4. D. eodem.* S. HEINECCII Elem. iuris civ. sec. ord. Institut. a *Hoepfnero* emend. §. 1162.

54) *L. 1. §. 8. D. de his, qui effuderint vel dejec.* Man sehe auch VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 3.

55) S. VOET c. l. §. 4.

56) §. 4. I. *h. t.*

57) §. 5. I. *eodem.*

nibus in rem scriptis [58]). Hatte jedoch der Herr den Sklaven dolose zu besitzen aufgehört, um die Ansprüche des Klägers zu vereiteln, oder deren Ausführung zu erschweren, so hatte der Kläger die Wahl, ob er den vorigen Besitzer, der seines doli halber immer noch als Besitzer behandelt werden konnte, oder den neuen Herrn des Sklavens belangen wollte [59]). Das Gesuch bey diesen Klagen gieng zwar auf Schadensersatz, doch konnte sich der Beklagte durch Ueberlassung des Sklavens (noxae deditio) davon frey machen [60]). Nam erat iniquum, sagt Justinian [61]), nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis dam nosam esse. Diese Wahl fiel jedoch alsdann weg, wenn der Beklagte dolo malo den Sklaven zu besitzen aufgehört [62]), oder arglistig geläugnet hatte, daß er den Sklaven besitze [63]), oder wenn der Sklave nach der Litiscontestation von einem Andern war ums Leben gebracht worden, und der Beklagte sich weigerte, dem Kläger gegen den Todschläger

58) Auch gegen den bonae fidei possessorem hatte die Noxalklage mit der Wirkung Statt, daß wenn nachher der wahre Eigenthümer den Sklaven vindiciren wollte, ihm die exceptio doli entgegen gesetzt werden konnte, wenn jener gleich eigentlich durch die noxae deditio das Eigenthum auf den Kläger nicht übertragen konnte. *L. 11. D. h. t. L. 28. D. eodem.* CUJACIUS ad *Africanum* Tract. VI. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 6. *de* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. I.

59) *L. 24. 25. et 26. D. h. t.* VOET in Comm. h. t. §. 4.

60) *L. 1. D. h. t.* VOET h. t. §. 6.

61) §. 2. *I. h. t.*

62) §. 5. *I. eod.*

63) *L. 21. §. 2. D. h. t. L. 22. §. ult. D. eod.*

schläger die Klage zu cediren [64]); oder endlich, wenn der Herr an dem Delict des Sklavens Antheil genommen hatte, so daß ihm dabey ein dolus oder eine culpa zur Last fiel [65]). Zuweilen hörte alle Verbindlichkeit des Herrn auf, nämlich wenn er den Sklaven bona fide veräußert hatte [66]), oder der Sklave vor der Litiscontestation starb [67]).

Nach dem ältern Römischen Rechte hatten auch aus den Privatdelicten der Kinder Noxalklagen gegen den Vater Statt, in dessen Gewalt sich dieselben noch befanden. Der Vater konnte daher die Kinder eben so gut noxae dare, als die Sklaven [68]). Allein das neuere Römische Recht hat die noxae datio der Kinder aufgehoben [69]). Hat demnach ein filiusfamilias ein Privatdelict begangen, und dadurch einem Andern Schaden gethan, so ist nach dem neuern römischen Rechte ein Unterschied zu machen, ob er ein Peculium hat, oder nicht. Im ersten Falle kommt es auf die Qualität des Peculiums an. Das Peculium ist nämlich entweder ein solches, worüber dem Sohne die freye Verwaltung zusteht, oder es ist von der Art nicht. In dem ersten Falle muß mit der aus dem Delict entspringenden Klage gegen den filiusfamilias selbst geklagt werden, und

er

64) *L. 1. §. 16. D. Si quadrupes.*

65) *L. 2. L. 3. L. 4. D. h. t. L. 4. Cod. eodem.* S. VOET Comm. h. t. §. 7.

66) *L. 38. §. 1. D. h. t.*

67) VOET h. t. §. 8.

68) *L. 5. §. 5. D. de obligat. et act. L. 33. 34. et 35. D. h. t.* S. *Pet.* PITHOEUS in Tit. 2. *Collationis Legg. Mosaic. et Rom.* §. 3.

69) *§. ult. I. h. t.*

er muß den Schaden aus seinem Vermögen ersetzen, oder nach Beschaffenheit der Klage das Strafgeld bezahlen [70]). In dem letzten Falle hingegen ist zwar auch gegen den filiusfamilias zu klagen, allein wenn derselbe condemnirt worden ist, so wird die actio iudicati gegen den Vater angestellt, daß er aus dem peculio, so weit es zureicht, den Kläger befriedige [71]). Der Vater kann also die Ersetzung des Schadens nicht verweigern, wenn ihm gleich dadurch der Nießbrauch vermindert wird. Hat hingegen der filiusfam. kein eigenes Vermögen, so kann ihn zwar der Richter condemniren, allein die Execution muß so lange ausgesetzt werden, bis der Sohn zu einem eigenen Vermögen gelangt [72]). Ist blos von einer Geldstrafe die Rede, so kann er auch nach der Regel, qui non habet in aere, luat in corpore, mit einer körperlichen Strafe belegt werden [73]).

§. 713.

Heutiger Gebrauch der Noxalklagen.

Die römischen Noxalklagen lassen sich auf unser heutiges Gesinde eben so wenig, als auf die deutschen Leibeigenen anwenden [74]). Wenn solche Personen durch eine

70) *L. 4. §. 1. L. 18. §. fin. D. de castr. pecul.*

71) *L. 3. §. 11. D. de pecul. L. 33. 34. et 35. D. de noxal. act. de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XV. Tit. 1. Qu. 18.

72) S. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 1166. und Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. B. §. 1216. not. p. S. 75.

73) *Arg. L. ult. D. de in ius voc.*

74) *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4012. Nr. IV.

unerlaubte Handlung Schaden anrichten, so muß man sie selbst belangen, gegen die Dienst- oder Leibherrschaft findet in der Regel keine Klage Statt [75]), ausgenommen,

1) wenn sie selbst die Veranlassung dazu gegeben [76]), oder

2) die jedem Hausvater obliegende Aufsicht über das Gesinde vernachläßiget [77]), und

3) wenn sie schlechtes oder gefährliches Gesinde wissentlich in Dienst genommen, oder darin behalten hat [78]).

Daß übrigens die Obrigkeit befugt sey, auf den Lohn eines Dienstboten, welcher zum Schadensersatz condemnirt worden, Arrest zu legen, ist ausser Zweifel [79].

75) S. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. CXIII. medit. 1.

76) STRUV Exercit. XIV. Th. 47.

77) *L. 27. §. 9. D. ad Leg. Aquil.*

78) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5. Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 179.

79) WERNHER select. Observation. for. Tom. II. P. VII. Obs. 60.

Lib. X. Tit. I.

Finium regundorum.

§. 714.

Begriff und Arten der Theilungsklagen.

Wir kommen nun auf diejenigen Klagen, welche auf die Theilung einer bisher gemeinschaftlich gewesenen Sache gehen. Diese werden *iudicia diuisoria*, Theilungsklagen genennt. Da diese Klagen die Aufhebung einer Gemeinschaft, und die Auseinandersetzung der Interessenten zum Zweck haben, so sind hier zuvörderst die allgemeinen Begriffe von *communio* zu erklären.

Eine Gemeinschaft (*communio*) ist vorhanden, wenn mehreren Personen zusammen das Miteigenthum, oder ein anderes dingliches Recht an einer Sache nach allen seinen Bestandtheilen gemeinschaftlich zusteht. Eine solche Gemeinschaft entsteht nun entweder durch Vertrag, und dann wird sie eine Societät genennt; oder sie entsteht ohne einen vorhergegangenen Vertrag, und diese wird *communio incidens* [80]) genennt. Die Gesetze sagen: *communio, quae citra consensum ex re ipsa nascitur* [81]); *communio,*

80) *Io. Frid.* KAYSER Diss. de communione incidente. *Giessae* 1719.

81) *L. 25. §. 16. D. Famil. erciſc.*

munio, in quam incidimus [82]); sie wird auch *communio neceſſaria, fortuita* und *involuntaria* [83]) genennt.

Eine ſolche communio incidens kann auf verſchiedene Art entſtehen.

1) Aus einem Teſtament, wenn nämlich mehreren zuſammen eine Erbſchaft hinterlaſſen, oder eine einzelne Sache im Teſtament vermacht worden iſt.

2) Aus unmittelbarer Verordnung der Geſetze, wenn das Geſetz mehrere Perſonen zu einer Erbſchaft ruft, oder das Eigenthum einer Sache mehreren Perſonen nach den Geſetzen zufällt.

3) Durch Schenkung [84]).

4) Durch eine Commixtion oder Confuſion ſolcher Sachen, die ſich nicht mehr von einander unterſcheiden laſſen [85]).

5) Durch Zufall. Z. B. wenn durch Ueberſchwemmung die Gränzen zweyer neben einander liegender Feldgüter in Verwirrung gerathen ſind.

Die Communion, welche bey den Theilungsklagen zum Grunde geſetzt wird, muß immer durch einen gerechten Titel entſtanden ſeyn. Daher ſteht keiner Räuberbande, wegen der Theilung des Raubes, eine Theilungsklage zu [86]).

In

82) *L. 31. D. pro Socio.*

83) CUJACIUS Lib. X. Obſervat. cap. 25.

84) *L. 31. D. Pro Socio.*

85) *L. 5. pr. D. de Rei Vindic. §. 27. et 28. I. de Rer. diviſ.*

86) *L. 7. §. 4. et 5. D. communi divid.*

In der Gemeinschaft kann man sich nun befinden; entweder

1) in Rücksicht der Sache selbst, die den Gegenstand der Gemeinschaft ausmacht, und dann ist dieser Gegenstand entweder

a) eine gemeinschaftliche Erbschaft, oder

b) eine einzelne gemeinschaftliche Sache. Oder es ist

2) eine Gemeinschaft blos in Ansehung der Gränzen zweyer aneinander liegender Feldgüter vorhanden, welche in Verwirrung gerathen sind.

Es giebt also drey Theilungsklagen, *iudicium finium regundorum*, *familiae erciscundae* und *communi dividundo* [87]).

Sie

87) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. et Interpretum iuris P. IV. Decad. XCIV. Err. 5. will zwar das iudicium finium regundorum nicht als ein iudicium divisorium gelten lassen, sondern erkennt nur die beyden übrigen für ächte Theilungsklagen. Allein die Grenzscheidungsklage geht doch unläugbar darauf, ut finium confusio tollatur. Daß aber durch Confusion eine Gemeinschaft entstehe, sagt Justinian ausdrücklich §. 27. *et* 28. *I. de rer. divis.* Uebrigens mag THEOPHILUS für mich das Wort reden, welcher in *Paraphras graec. Institut.* Lib. IV. Tit. 6. §. 20. sagt: Ἐν δὲ τούτοις τοῖς τρισὶ δικαστηρίοις ἐπιτέτραπται τῷ δικαστῇ, ἑνὶ τῶν δικαζομένων, καθὸ δίκαιον καὶ κάλλιζον αὐτῷ φανῇ, προσκυροῦν τὸ κοινὸν πρᾶγμα, καὶ τῷ ἑτέρῳ ἕτερον ἀδιαδικατεύειν, οἷον καὶ τετῷ ᾧ νομισμάτων ἄξιον, κἀκείνῳ ᾧ νομισμάτων ἄξιον. i. e. *In his autem tribus iudiciis permissum est iudici, prout iustum atque optimum ei videatur, rem communem uni litigantium addicere, atque alteri alteram adjudicare: veluti et huic C. solidis dignam et illi C. solidis dignam. Ideo enim haec iudicia constituuntur, ut communio cesset, et nascens inde discordia.*

Sie setzen sämmtlich eine solche Gemeinschaft voraus, die aus einem dinglichen Rechte entstanden ist [88]). Haben daher mehrere zusammen ein blos persönliches Recht an einer Sache; z. B. sie haben eine Sache gemeinschaftlich gepachtet, so entsteht daraus keine solche communio, welche ein iudicium diviſorium begründen könnte [89]).

§. 715.

Natur der Theilungsklagen. 1) *iudicia mixta.*

Soviel die Natur der Theilungsklagen anbetrift, so haben sie das Eigene,

1) daß sie vermischte Klagen (actiones mixtae) sind. Nicht nur Justinian sagt dieses ausdrücklich §. 20. *I. de actionib.* wo es heißt:

Quaedam actiones *mixtam causam obtinere videntur*, tam *in rem*, quam *in personam*, qualis est *familiae erciscundae actio*, item *communi dividundo*, item *finium regundorum*;

sondern eben dies hat auch Theophilus in seiner griechischen Paraphrase über diesen Text [90]) noch deutlicher gezeigt, wenn er sagt:

Εἰσί

88) *L. 4. §. 9. D. h. t. L. 7. §. 6 — 10. D. Communi divid. L. 13. §. 3. D. de Usufr.*

89) *L. 7. §. 11. D. communi divid.* — Neque *colonis*, neque eis, qui depositum susceperunt, hoc iudicium competit, quamvis naturaliter possideant.

90) *Paraphr. graec.* Lib. IV. Tit. 6. §. 20. Tom. II. pag. 809. der Reitzischen Ausgabe.

Εἰσί τινες ἀγωγαὶ, αἵ τινες καὶ τῆς in rem καὶ τῆς personalis τὴν Φύσιν ἔχουσιν ἐν ἑαυταῖς. Τοιοῦτόν ἐστι τὸ familiae erciscundae, ὅπερ ἀμφύξει μεταξὺ τῶν συγκληρονόμων ἕνεκα τῆς διαιρέσεως τῶν κληρονομαίων πραγμάτων. Ἔχει γὰρ καὶ τῆς in rem τὸ ἰδίωμα, καθὸ περὶ πραγμάτων κινεῖται, (ἕκαστος γὰρ συγκληρονόμος ἐν μέρει δεσπότης ἐστιν·) ἔχει δὲ καὶ περσονάλιας ἀποτελέσματα. ἐξετάζεται γὰρ ἐπὶ αὐτοῦ, καὶ καταγεται εἰς καταδίκην κεφάλαια, ἅτινα personalis, οὐ μὴν τῆς in rem ἐστὶν οἰκεῖα· ὡς ἐν τοῖς de iudiciis σὺν Θεῷ μαθησόμεθα. i. e. *Sunt quaedam actiones, quae et actionis in rem et actionis personalis naturam in se habent. Tale est familiae erciscundae iudicium, quod inter coheredes competit de diuisione rerum hereditariarum. Habet enim et in rem actionis proprietatem, quatenus de rebus instituitur: (namque omnis coheres ex parte dominus est:) et vero habet actionis personalis effecta; in hoc enim iudicio exquiruntur, et in condemnationem veniunt capita, quae actionis personalis, non autem realis propria: sicuti infra de iudiciis fauente Deo discemus.*

Man ſtreitet jedoch darüber, in welcher Rückſicht ſie als gemiſchte Klagen anzuſehen ſind? Daß ſie

a) in Rückſicht des Objects actiones mixtae ſind, iſt keinem Zweifel unterworfen. Denn ſie gehen theils auf Theilung einer gemeinſchaftlichen Sache, theils auf perſönliche Leiſtungen, welche die Verwaltung gemeinſchaftlicher Sachen mit ſich bringt, z. B. Ablegung der Rechnung, Reſtitution der Früchte, Erſatz der gehabten Unkoſten, oder der von dem Gegentheile verurſachten Schäden, und Leiſtung des Intereſſe. Daher heißt es *L. 22. §. 4. D. fam. erciſc.*

Fami-

Familiae erciſcundae iudicium ex duobus conſtat, id eſt *rebus*, atque *praeſtationibus*, quae ſunt perſonales actiones. Und *L.* 4. §. 3. *D. Communi divid.* ſagt:

Sicut autem *ipſius rei diviſio* venit in communi dividundo iudicio, *ita etiam praeſtationes veniunt*: et ideo, ſi quis impenſas fecerit, conſequetur.

Allein daß die Theilungsklagen auch

b) in Anſehung ihres Grundes gemiſchte Klagen ſind, läugnen viele [91]), und halten ſie für blos perſönliche Klagen. Nun iſt zwar dennoch auſſer Zweifel, daß dieſe Klagen ein dingliches Recht an der gemeinſchaftlichen Sache zum Grunde ſetzen, auf deren Theilung geklagt wird [92]). Da indeſſen das dingliche Recht der Mitintereſſenten bey dieſen Klagen nicht in Streit gezogen werden darf, ſondern vielmehr als wahr und ſchon erwieſen vorausgeſetzt wird, und auſſerdem durch andere Rechtsmittel erſt berichtiget werden muß; mithin durch dieſe Klagen nur zunächſt ein Recht gegen beſtimmte Mitintereſſenten in Abſicht auf die Auseinanderſetzung mit ihnen wegen der zu theilenden gemeinſchaftlichen Sache, und alſo ein

ius

91) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XCIV. Err. 3. et 4. *Arn.* VINNIUS in Commentar. ad §. 1. I. de actionib. nr. 6. *Amad.* ECKOLT in Compendiar. Pandect. Tract. h. t. §. 2. in Nota. und beſonders Hübner in den Berichtigungen und Zuſätzen zu den Inſtitutionen des Römiſchen Rechts. S. 122. ff.

92) S. beſonders VOET in Comm. h. t. §. 4. *Ger.* NOODT in Commentar. ad Pand. h. t. pag. 236. *Ev.* OTTO in Comm. ad §. 20. I. de actionib. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1.

ius in perſonam verfolgt wird; ſo läßt ſich daraus erklären, warum dieſe Klagen mehr zu den perſönlichen als dinglichen gezählet werden. Daher leitet Juſtinian dieſe Klagen ausdrücklich aus einer obligatio quaſi ex contractu her, wenn er §. 3 *et* 4. *I. de obligat. quae quaſi ex contr. naſc.* ſagt:

Item ſi inter aliquos communis res ſit ſine ſocietate, veluti quod pariter eis legata donatave eſſet, et alter eorum alteri ideo teneatur *communi dividundo iudicio*, quod ſolus fructus ex ea re perceperit, aut quod ſocius eius ſolus in eam rem neceſſarias impenſas fecerit: non intelligitur ex contractu proprie obligatus eſſe: quippe nihil inter ſe contraxerunt: ſed quia ex maleficio non tenetur, *quaſi ex contractu teneri videtur.* Idem iuris eſt de eo, qui coheredi *familiae erciſcundae iudicio* ex his cauſis obligatus eſt.

Hierauf bezieht ſich ferner, wenn Paulus *L.* 1. *D. h. t.* ſagt:

Finium regundorum actio *in perſonam* eſt, licet pro vindicatione rei eſt.

Und in eben dieſer Rückſicht rechnet Juſtinian in der *L.* 1. *C. de annali except.* die Theilungsklagen zu den perſönlichen Klagen.

Zuweilen kann die Klage blos auf perſönliche Forderungen gehen, wenn die gemeinſchaftliche Sache ſchon getheilt iſt, oder nicht mehr exiſtirt. Dann iſt ſie aber eine actio utilis [93]).

§. 716.

93) *L. 6. §. 1. D. Communi divid. L. 11. D. eodem. L. 24. pr. D. Famil. erciſc.* S. Weſtphal Syſtem der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 674.

§. 716.

Theilungsklagen sind 2) *iudicia duplicia.*

Die Theilungsklagen haben 2) auch die besondere Eigenschaft, daß sie *iudicia duplicia* sind. Man nennt *iudicium duplex* eine solche Klage, wodurch ein Recht verfolgt wird, was jeder der streitenden Theile wechselseitig wider den andern geltend machen kann[94]). Ulpian sagt *L.* 37. §. 1. *D. de obligat. et actionib.*

Mixtae sunt *actiones*, in quibus uterque actor est: utputa finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo.

Noch bestimmter drückt sich hierüber Julian aus, wenn er *L.* 10. *D. h. t.* sagt:

Iudicium communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum tale est, *ut in eo singulae personae duplex ius habeant: agentis et eius, quo cum agitur.*

Bey diesen Klagen kann also jeder Mitinteressent als Kläger auftreten, so wie sichs im Gegentheil auch der Kläger wegen des dem Beklagten an der gemeinschaftlichen Sache zustehenden gleichen Rechts gefallen lassen muß, Beklagter zu seyn. In der Hauptsache wird jedoch eigentlich diejenige Parthey als der Kläger angesehen, welche zuerst in den Gerichten erscheint, und auf Theilung klagt. Sollte sich's etwa fügen, daß beyde Interessenten zugleich auf die Theilung geklagt hätten, so muß durchs Loos entschieden

94) S. *Sim. Pet.* GASSER Diss. de iudicio duplici eiusque genuino conceptu. *Halae 1736.* und Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 29.

schieden werden, wer Kläger und wer der Beklagte seyn soll. Cajus und Ulpian haben dieses alles deutlich bestimmt. Jener sagt nämlich *L.* 13. *D. de iudic.*

In tribus istis iudiciis (familiae erciscundae, communi dividundo, et finium regundorum) quaeritur, quis actor intelligatur, *quia par causa omnium videtur?* Sed magis placuit, eum videri actorem, *qui ad iudicium provocasset* [95]). Dieser fügt *L.* 14. *D. eodem* noch hinzu:

Sed cum ambo ad iudicium provocant, *sorte res discerni solet.*

Es kann aber auch der Beklagte dadurch zugleich Kläger werden, daß er die wegen der gehabten Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache verwendeten Unkosten und gethanen Auslagen wiederfordert. Daher sagt *L.* 2. §. 3. *D. Famil. erciſc.*

In familiae erciscundae iudicio unusquisque heredum *et rei et actoris partes sustinet.*

Bey einer vorhandenen Gemeinschaft ist es nun jedem Interessenten erlaubt, auf Theilung zu dringen, dem es nicht länger ansteht, in der Communion zu verbleiben. Denn die Gesetze betrachten die Gemeinschaft als eine beständige Quelle von Streitigkeiten [96]), und um diese zu vermeiden, soll Niemand in einer vorhandenen Gemeinschaft zu bleiben, wider seinen Willen genöthiget werden [97]). Hieraus ergeben sich folgende Wahrheiten.

1) Es

95) Dieselbige Stelle kommt nochmals *L.* 2. §. 1. *D. Communi divid.* vor.

96) *L.* 77. §. 20. *D. de Legat. II.*

97) *L.* 5. *C. Communi divid.*

1) Es muß sich jeder auch wider seinen Willen die Theilung gefallen lassen, der zur Theilung aufgefordert wird [98]); wenn er auch gleich noch minderjährig seyn sollte, und es wird in diesem Falle nicht einmal die Zustimmung der Obrigkeit erfordert. Denn die Theilung wird als eine nothwendige Veräußerung angesehen [99]).

2) Es kann auch durch Vertrag nicht festgesetzt werden, daß die Theilung nie geschehen solle [100]); vielmehr erklären die Gesetze einen solchen Vertrag, daß eine Gemeinschaft ewig dauern solle, für unverbindlich [1]); und wenn auch der Vertrag durch einen Eid bekräftiget worden wäre, so würde auch der Eid die Interessenten nicht hindern, die Gemeinschaft aufzuheben, und auf Theilung zu dringen [2]). Denn der Eid richtet sich immer nach der Natur des Hauptgeschäfts, und ist unter denselben Bedingungen zu verstehen. Dahingegen ist der Vertrag, daß eine Gemeinschaft zum Zweck eines gewissen Geschäfts binnen einer bestimmten Zeit nicht aufgehoben werden solle, gültig [3]), und selbst für die Erben verbindlich [4]).

Endlich

98) *L. 43. D. Fam. erciſc.*

99) *L. 2. C. de fundo dot. L. 17. Cod. de praed. et aliis reb. minor.* VOET Comment. ad Pand. Lib. X. Tit. 2. §. 15.

100) *L. 14. §. 2. D. Communi divid.* Si conveniat, *ne omnino diviſio fiat*, huiusmodi pactum nullas vires habere, manifestissimum est.

1) *L. 70. D. Pro Socio.* Nulla societatis in aeternum coitio est.

2) BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Diss. XIX. Th. 14. Lit. I. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Consil. XXII. nr. 6. P. 303.

3) *L. 14. §. 2. D. Communi divid. L. 14. D. Pro Socio.*

4) LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. III. Specim. CLXXXVI. medit. 1.

Endlich kann auch

3) der Klage auf die Aufhebung einer noch wirklich vorhandenen Gemeinschaft keine Verjährung entgegengesetzt werden, wenn auch der gemeinschaftliche Besitz noch so lange gedauert haben sollte[5]). Denn

a) ist das Recht, bey einer vorhandenen Gemeinschaft auf Theilung zu dringen, für eine Sache der freyen Willkühr zu halten, welches auch dann nicht einmal durch Verjährung verlohren geht, wenn auch der andere dem von dem einen gemachten Antrage auf Theilung widersprochen, und letzter sich binnen einem sonst zur Verjährung genügenden Zeitraume dabey beruhiget hätte, ohne seinen Antrag weiter zu verfolgen, und durchzusetzen[6]), weil

b) auch die längste Zeit nicht die Ursache aufzuheben vermag, warum die Gesetze Niemanden wider seinen Willen in der Gemeinschaft zu bleiben gezwungen wissen wollen, und dann

c) eine Entsagung des Rechts da nie angenommen werden kann, wo nicht einmal der ausdrückliche Vertrag, daß eine Gemeinschaft nie aufgehoben werden solle, von rechtlicher Wirkung ist.

Nun

5) S. *Pet. de* TOULLIEU Collectan. iuris civ. Dissertat. IV. Cap. 8. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 34. und besonders *Bruno* CASTENDYK Diss. de eo, quod iustum est circa praescriptionem in iudiciis divisoriis. *Goettingae 1792.*

6) Anderer Meinung sind zwar BERLICH P. II. Concluss. III. nr. 8. sqq. und *Fratr.* BECMANNI in Consil. et Decisionib. Part. I. Consil. XXII. nr. 9. Allein man sehe dagegen CASTENDYK cit. Diss. Sect. II. §. 9.

Nun scheint zwar dieser Behauptung die *L.* 1. *Cod. de annali except.* entgegen zu stehen, wo Justinian sagt:

Nemo itaque audeat, *actionis familiae erciscundae*, neque *communi dividundo*, neque *finium regundorum*, neque alterius cuiuscunque actionis personalis *vitam longiorem triginta annis interpretari*;

allein man unterscheide folgende Fälle. Es wird entweder

1) bloß auf persönliche Leistungen in Ansehung der gemeinschaftlichen Sache geklagt, und dann geschieht es entweder

a) nachdem schon die Gemeinschaft unter den Partheyen aufgehoben war. Hier hat es keinen Zweifel, daß die deswegen statthabende actio divisoria utilis durch eine Präscription von dreyßig Jahren erlösche, welche nach *L.* 1. §. 1. *C. de ann. except.* von der Zeit ihren Lauf anfängt, da die Klage begründet war, das heißt, da die Verbindlichkeit zur Erfüllung der persönlichen Leistungen entstand [7]).

b) Die Gemeinschaft war zur Zeit der erhobenen Klage noch vorhanden. Auch hier findet in Ansehung der persönlichen Prästationen eine Extinctivverjährung statt, weil die Verbindlichkeit, wodurch diese Prästationen begründet worden sind, nicht als eine bloß accessorische anzusehen, sondern eben so wohl eine für sich bestehende obligatio ist, als die auf die Theilung der gemeinschaftlichen Sache gehende Hauptverbindlichkeit. Nur in Ansehung der Erbthei-

7) S. CASTENDYK cit. Diss. §. 7. Man sehe auch Schmidts theoret. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 4. Bd. §. 1148. S. 422.

theilungsklage leidet diese Regel eine Ausnahme, wovon der Grund darin liegt, weil die Erbschaft eine universitas iuris ist, welche durch die Früchte eben so vermehrt, als durch die gehabten Unkosten vermindert wird. *Hereditas* enim, sagt Ulpian [8]), *iuris nomen* est, quod et *accessionem* et *decessionem* in se recipit. Hier findet also keine Verjährung in Ansehung der persönlichen Prästationen statt, so lange die Gemeinschaft in Ansehung der Erbschaft fortdauernd bleibt [9]). Man mag daher auf Theilung der Erbschaft klagen, wenn man will, so muß jederzeit auf Vermehrung und Verminderung derselben Rücksicht genommen werden, weil beydes ipso iure einen Theil der Erbschaft ausmacht [10]).

2) Es wird auf Theilung selbst geklagt. Hier ist wieder zu unterscheiden. Es hat entweder

a) einer der Theilhaber die sonst gemeinschaftliche Sache gegen die übrigen als ein ausschließendes privatives Eigenthum besessen, und als ein solches die Verjährungszeit hindurch behandelt. Hier kann, wie Vinnius [11]) und Voet [12]) mit Recht behaupten, auch selbst der Klage auf Theilung die Einrede der Verjährung mit vollkommener Wirkung entgegengesetzt werden. Von diesem Falle will man vorzüglich die oben angeführte *L.* 1. *C. de ann. ex-*

 cept.

8) *L. 178. §. 1. D. de Verb. Signific.*

9) S. TOULLIEU loc. cit. pag. 210.

10) *L. 9. sqq. D. Famil. erciſc. L. 23. D. de adim. et transfer. legat. L. 70. §. 3. L. 71. L. 72. D. de legat. II.*

11) Select. iur. Quaeſt. Lib. I. c. 34.

12) Comm. ad Pand. Lib. X. Tit. 2. §. 33.

cept. verstehen [13]), obwohl sie eben so gut auch von den vorigen Fällen erklärt werden kann [14]). Daß jedoch nach den Grundsätzen des canonischen Rechts [15]) von Seiten des Beklagten eine bona fides erfordert werde, läßt sich wenigstens nach dem Gerichtsgebrauche nicht bezweifeln [16]).

b) Der auf Theilung belangte Beklagte hat während der Verjährungszeit die gemeinschaftliche Sache als Mittheilhaber, und folglich als eine gemeinschaftliche besessen. Hier findet aus den oben angeführten Gründen keine Verjährung der Theilungsklage Statt. Denn es würde zur offenbarsten Ungereimtheit führen, wenn man in dem Falle, da zwey Miteigenthümer dreyßig Jahre ruhig neben einander ihr Recht ausgeübt haben, eine Verjährung der Klage auf Theilung der gemeinschaftlichen Sache annehmen wollte [17]).

§. 717.

Begriff des *iudicii finium regundorum.*

Nachdem wir die Natur der Theilungsklagen im Allgemeinen kennen gelernt haben, so wollen wir sie nun auch einzeln

13) WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 423. et Tom. II. P. X. Obs. 489. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 42. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3065. V. et §. 3069. III.

14) S. *Iac.* RAVE Doctr. de praescriptione §. 148. et 149.

15) *Cap. fin. X. de praescript.*

16) RAVE in Doctr. cit. §. 131. HOFACKER cit. loc. §. 3080. I.

17) S. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 43. S. 123.

einzeln näher betrachten. Die erste ist die Gränzscheidungsklage, *iudicium finium regundorum* [18]).

Gränzen sind im Allgemeinen Bestimmungen, welche anzeigen, wie weit ein gewisser Gegenstand sich erstreckt. Im juristischen Sinne aber versteht man darunter gewisse Merkzeichen, wodurch Länder, Grundstücke und Gerechtsame von einander geschieden, und die Rechte des Besitzers derselben bestimmt werden [19]). Diese sind von so mancherley Art, als verschieden der Gegenstand ist, den sie bezeichnen. Es giebt daher Landes- Amts- Jagd- Forst- Gerichts- Feld- Flur- Weide- Fischereygrenzen u. s. w. [20]).

Sind nun die Gränzen anliegender Ländereyen, oder Grundstücke, oder anderer Gerechtsame in Verwirrung gerathen, (fines confusi) so kann jeder Nachbar oder Interessent wider den Andern auf die Berichtigung und Wiederherstellung derselben klagen. Diese Klage wird die Gränzscheidungsklage (*iudicium finium regundorum*) genennt. Ihr Ursprung ist aus den Gesetzen der zwölf Tafeln herzuleiten [21]). Nach der Verordnung derselben sollte nämlich

18) OETTINGER de iure et controversiis limitum et finibus regundis. BECK Tr. de iure limitum. *Norimb. 1723.* *Ant.* LOPEZ de iudicio finium regundorum. *Olyssip. 1654.* 4. *Ad. Frid.* REINHARD Diss. de finibus regundis. *Erfordiae 1781.* *Herm. Paul* ZIEGLER Diss. de finium regundorum iudicio. *Erfordiae 1771.* und *Iac. Frid.* BRACKENHOFFER Diss. de finium regundorum actione. *Argentorati 1784.*

19) S. *Christ. Car.* OTTO Diss. de finibus. *Erfordiae 1728.* und Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts. §. 161.

20) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5 — 7. und HILDEBRAND Diss. de diversitate lapidum finalium eorumque iure.

21) S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Pand. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 233.

1) zwischen angränzenden Grundstücken ein Raum von fünf Fuß in der Breite gelassen werden, und dieses confinium [22]) sollte keiner Verjährung unterworfen seyn [23]).

2) Wenn zwischen den Nachbaren wegen der Gränzen ihrer Grundstücke Streit entsteht, so solle der Magistrat zur Berichtigung derselben drey arbitros ernennen, welche den Streit beylegen sollten [24]).

Eben dieses bestätigte nochmals die *Lex Mamilia*, für deren Urheber einige [25]) den Tribun **C. Mamilius**, mit dem Beynamen *Limetanus*, halten, und sie ins Jahr der Erb. Roms 588. setzen; andere [26]) hingegen dem **C. Mamilius Turrinus** zueignen wollen, welcher im Jahr der E. R.

22) Dieser Gränzraum wird auch *iter limitare* genennt. VARRO de Lingua Lat. Lib. IV. S. HEINECCII Histor. iuris civ. Lib. I. cap. III. §. 101. in nota.

23) CICERO *de Legib. Lib. 1. cap. 21. L. ult. Cod. Theod. h. t.* Nach *Iac.* GOTHOFREDI Restitution in Fontib. quatuor iuris civ. lauteten die Worte des Decemviral-Gesetzes Tab. VIII. so: *Intra quinque pedes aeterna auctoritas esto.*

24) Nach CICERO *de Republica* Lib. IV. bey NONIUS cap. 5. voc. *Lis* et v. *Iurgium.* Nach Godefroi lautet das Gesetz so: *Si iurgant adfines, finibus regundis Praetor arbitros tris addicito.*

25) PIGHIUS Annal. Rom. ad A. 588. Tom. II. pag. 392. GRAVINA Origin. iuris civ. Lib. III. §. 67. *Ev.* OTTO in Praefat. ad Tom. I. *Thes. iuris Rom.* p. 24. BACH Histor. Iurisprud. Rom. Lib. II. Cap. II. Sect. I. §. 41. u. a. m.

26) *Car.* SAXE Disp. ad Legem Mamiliam finium regundorum. *Trajecti ad Rhenum 1779.* et rec. *Lipsiae 1782.* 4. Cap. 3.

E. R. 514. Consul war. Nur darin wurde durch dieses Gesetz die Verordnung der zwölf Tafeln abgeändert, daß zur Berichtigung der Gränzstreitigkeiten künftig nur ein Arbiter ernennt werden sollte [27]). Aus dieser Quelle ist nachher das Edict des Prätors geflossen, über welches die römischen Rechtsgelehrten in den Fragmenten dieses Titels commentirt haben, und welches Gerhard Noodt [28]) auf folgende Art restituirt hat:

Finium regundorum si agetur inter confines, arbitrum dabo, ut fines eius arbitratu regantur; item, si quid damni datum factumve erit, sive quid eo nomine alicui aberit, aut ad eum pervenerit, ut id praestetur.

Die actio finium regundorum hatte nun ursprünglich blos in dem Falle Statt, wenn über das iter limitare

27) SIMPLICIUS sagt bey GOESIUS in seinen Scriptoribus rei agrariae pag. 83. *Lex Mamilia fini latitudinem praescribebat. — Quini pedes latitudo dati sunt. An in tantum quisque? Videntur tamen bis quinque pedum esse latitudinem ita, ut dupondium et semissem* (i. e. duo pedes et dimidium) *unaquaeque pars ad agri finem pertinere patiatur.* Ferner sagt AGGENUS URBICUS P. I. Commentarii in *Frontinum* de limitibus agrorum pag. 53. edit. GOESII. *De fine Lex Mamilia quinque aut sex pedum latitudinem praescribit:* (Die Worte *aut sex* sind jedoch, wie GOESIUS in Notis pag. 149. bemerkt hat, als ein unächter Zusatz, wegzustreichen;) *quoniam hanc latitudinem vel iter ad culturas accedentium occupat, vel circumactus aratri, quod usucapi non potest.* Daß nach der *Lex Mamilia* nur ein arbiter zur Beylegung der Gränzstreitigkeiten ernennt werden sollte, erhellet aus einer Stelle des Cicero *de LL. Lib. I. cap. 21.* Siehe auch CUJACII Observat. Lib. V. cap. 21. und SAXE cit. Diss. Cap. IV. pag. 18.

28) Commentar. ad Dig. h. t. init. pag. 233.

1) zwischen angränzenden Grundstücken ein Raum von fünf Fuß in der Breite gelassen werden, und dieses confinium [22]) sollte keiner Verjährung unterworfen seyn [23]).

2) Wenn zwischen den Nachbaren wegen der Gränzen ihrer Grundstücke Streit entsteht, so solle der Magistrat zur Berichtigung derselben drey arbitros ernennen, welche den Streit beylegen sollten [24]).

Eben dieses bestätigte nochmals die *Lex Mamilia*, für deren Urheber einige [25]) den Tribun **C. Mamilius**, mit dem Beynamen *Limetanus*, halten, und sie ins Jahr der Erb. Roms 588. setzen; andere [26]) hingegen dem **C. Mamilius Turrinus** zueignen wollen, welcher im Jahr der E. R.

22) Dieser Gränzraum wird auch *iter limitare* genennt. VARRO de Lingua Lat. Lib. IV. S. HEINECCII Histor. iuris civ. Lib. I. cap. III. §. 101. in nota.

23) CICERO *de Legib. Lib. 1. cap. 21. L. ult. Cod. Theod. h. t.* Nach *Iac.* GOTHOFREDI Restitution in Fontib. quatuor iuris civ. lauteten die Worte des Decemviral-Gesetzes Tab. VIII. so: *Intra quinque pedes aeterna auctoritas esto.*

24) Nach CICERO *de Republica* Lib. IV. bey NONIUS cap. 5. voc. *Lis* et v. *Iurgium.* Nach Godefroi lautet das Gesetz so: *Si iurgant adfines, finibus regundis Praetor arbitros tris addicito.*

25) PIGHIUS Annal. Rom. ad A. 588. Tom. II. pag. 392. GRAVINA Origin. iuris civ. Lib. III. §. 67. *Ev.* OTTO in Praefat. ad Tom. I. *Thes. iuris Rom.* p. 24. BACH Histor. Iurisprud. Rom. Lib. II. Cap. II. Sect. I. §. 41. u. a. m.

26) *Car.* SAXE Disp. ad Legem Mamiliam finium regundorum. *Trajecti ad Rhenum 1779.* et rec. *Lipsiae 1782.* 4. Cap. 3.

E. R. 514. Consul war. Nur darin wurde durch dieses Gesetz die Verordnung der zwölf Tafeln abgeändert, daß zur Berichtigung der Gränzstreitigkeiten künftig nur ein Arbiter ernennt werden sollte [27]). Aus dieser Quelle ist nachher das Edict des Prätors geflossen, über welches die römischen Rechtsgelehrten in den Fragmenten dieses Titels commentirt haben, und welches Gerhard Noodt [28]) auf folgende Art restituirt hat:

Finium regundorum si agetur inter confines, arbitrum dabo, ut fines eius arbitratu regantur; item, si quid damni datum factumve erit, sive quid eo nomine alicui aberit, aut ad eum pervenerit, ut id praestetur.

Die actio finium regundorum hatte nun ursprünglich blos in dem Falle Statt, wenn über das iter limitare

27) SIMPLICIUS sagt bey GOESIUS in seinen Scriptoribus rei agrariae pag. 83. *Lex Mamilia fini latitudinem praescribebat. — Quini pedes latitudo dati sunt. An in tantum quisque? Videntur tamen his quinque pedum esse latitudinem ita, ut dupondium et semissem* (i. e. duo pedes et dimidium) *unaquaeque pars ad agri finem pertinere patiatur.* Ferner sagt AGGENUS URBICUS P. I. Commentarii in *Frontinum* de limitibus agrorum pag. 53. edit. GOESII. *De fine Lex Mamilia quinque aut sex pedum latitudinem praescribit:* (Die Worte *aut sex* sind jedoch, wie GOESIUS in Notis pag. 149. bemerkt hat, als ein unächter Zusatz, wegzustreichen;) *quoniam hanc latitudinem vel iter ad culturas accedentium occupat, vel circumactus aratri, quod usucapi non potest.* Daß nach der *Lex Mamilia* nur ein arbiter zur Beylegung der Gränzstreitigkeiten ernennt werden sollte, erhellet aus einer Stelle des Cicero *de LL. Lib. I. cap. 21.* Siehe auch CUJACII Observat. Lib. V. cap. 21. und SAXE cit. Diss. Cap. IV. pag. 18.

28) Commentar. ad Dig. h. t. init. pag. 233.

1) zwischen angränzenden Grundstücken ein Raum von fünf Fuß in der Breite gelassen werden, und dieses confinium [22]) sollte keiner Verjährung unterworfen seyn [23]).

2) Wenn zwischen den Nachbaren wegen der Gränzen ihrer Grundstücke Streit entsteht, so solle der Magistrat zur Berichtigung derselben drey arbitros ernennen, welche den Streit beylegen sollten [24]).

Eben dieses bestätigte nochmals die *Lex Mamilia*, für deren Urheber einige [25]) den Tribun **C. Mamilius**, mit dem Beynamen *Limetanus*, halten, und sie ins Jahr der Erb. Roms 588. setzen; andere [26]) hingegen dem **C. Mamilius Turrinus** zueignen wollen, welcher im Jahr der

E. R.

22) Dieser Gränzraum wird auch *iter limitare* genennt. VARRO de Lingua Lat. Lib. IV. S. HEINECCII Histor. iuris civ. Lib. I. cap. III. §. 101. in nota.

23) CICERO *de Legib. Lib. 1. cap. 21. L. ult. Cod. Theod. h. t.* Nach *Iac.* GOTHOFREDI Restitution in Fontib. quatuor iuris civ. lauteten die Worte des Decemviral-Gesetzes Tab. VIII. so: *Intra quinque pedes aeterna auctoritas esto.*

24) Nach CICERO *de Republica* Lib. IV. bey NONIUS cap. 5. voc. *Lis* et v. *Iurgium*. Nach Godefroi lautet das Gesetz so: *Si iurgant adfines, finibus regundis Praetor arbitros tris addicito.*

25) PIGHIUS Annal. Rom. ad A. 588. Tom. II. pag. 392. GRAVINA Origin. iuris civ. Lib. III. §. 67. *Ev.* OTTO in Praefat. ad Tom. I. *Thes. iuris Rom.* p. 24. BACH Histor. Iurisprud. Rom. Lib. II. Cap. II. Sect. I. §. 41. u. a. m.

26) *Car.* SAXE Disp. ad Legem Mamiliam finium regundorum. *Trajecti ad Rhenum 1779.* et rec. *Lipsiae 1782.* 4. Cap. 3.

E. R. 514. Consul war. Nur darin wurde durch dieses Gesetz die Verordnung der zwölf Tafeln abgeändert, daß zur Berichtigung der Gränzstreitigkeiten künftig nur ein Arbiter ernennt werden sollte[27]). Aus dieser Quelle ist nachher das Edict des Prätors geflossen, über welches die römischen Rechtsgelehrten in den Fragmenten dieses Titels commentirt haben, und welches Gerhard Noodt[28]) auf folgende Art restituirt hat:

Finium regundorum si agetur inter confines, arbitrum dabo, ut fines eius arbitratu regantur; item, si quid damni datum factumve erit, sive quid eo nomine alicui aberit, aut ad eum pervenerit, ut id praestetur.

Die actio finium regundorum hatte nun ursprünglich blos in dem Falle Statt, wenn über das iter limitare

27) SIMPLICIUS sagt bey GOESIUS in seinen Scriptoribus rei agrariae pag. 83. *Lex Mamilia fini latitudinem praescribebat. — Quini pedes latitudo dati sunt. An in tantum quisque? Videntur tamen his quinque pedum esse latitudinem ita, ut dupondium et semissem* (i. e. duo pedes et dimidium) *unaquaeque pars ad agri finem pertinere patiatur.* Ferner sagt AGGENUS URBICUS P. I. Commentarii in *Frontinum* de limitibus agrorum pag. 53. edit. GOESII. *De fine Lex Mamilia quinque aut sex pedum latitudinem praescribit:* (Die Worte *aut sex* sind jedoch, wie GOESIUS in Notis pag. 149. bemerkt hat, als ein unächter Zusatz, wegzustreichen;) *quoniam hanc latitudinem vel iter ad culturas accedentium occupat, vel circumactus aratri, quod usucapi non potest.* Daß nach der *Lex Mamilia* nur ein arbiter zur Beylegung der Gränzstreitigkeiten ernennt werden sollte, erhellet aus einer Stelle des Cicero *de LL. Lib. I. cap. 21.* Siehe auch CUJACII Observat. Lib. V. cap. 21. und SAXE cit. Diss. Cap. IV. pag. 18.

28) Commentar. ad Dig. h. t. init. pag. 233.

1) zwischen angränzenden Grundstücken ein Raum von fünf Fuß in der Breite gelassen werden, und dieses confinium [22]) sollte keiner Verjährung unterworfen seyn [23]).

2) Wenn zwischen den Nachbaren wegen der Gränzen ihrer Grundstücke Streit entsteht, so solle der Magistrat zur Berichtigung derselben drey arbitros ernennen, welche den Streit beylegen sollten [24]).

Eben dieses bestätigte nochmals die *Lex Mamilia*, für deren Urheber einige [25]) den Tribun **C. Mamilius**, mit dem Beynamen *Limetanus*, halten, und sie ins Jahr der Erb. Roms 588. setzen; andere [26]) hingegen dem **C. Mamilius Turrinus** zueignen wollen, welcher im Jahr der E. R.

22) Dieser Gränzraum wird auch *iter limitare* genennt. VARRO de Lingua Lat. Lib. IV. S. HEINECCII Histor. iuris civ. Lib. I. cap. III. §. 101. in nota.

23) CICERO *de Legib. Lib. 1. cap.* 21. *L. ult. Cod. Theod. h. t.* Nach *Iac.* GOTHOFREDI Restitution in Fontib. quatuor iuris civ. lauteten die Worte des Decemviral-Gesetzes Tab. VIII. so: *Intra quinque pedes aeterna auctoritas esto.*

24) Nach CICERO *de Republica* Lib. IV. bey NONIUS cap. 5. voc. *Lis* et v. *Iurgium.* Nach Godefroi lautet das Gesetz so: *Si iurgant adfines, finibus regundis Praetor arbitros tris addicito.*

25) PIGHIUS Annal. Rom. ad A. 588. Tom. II. pag. 392. GRAVINA Origin. iuris civ. Lib. III. §. 67. *Ev.* OTTO in Praefat. ad Tom. I. *Thes. iuris Rom.* p. 24. BACH Histor. Iurisprud. Rom. Lib. II. Cap. II. Sect. I. §. 41. u. a. m.

26) *Car.* SAXE Disp. ad Legem Mamiliam finium regundorum. *Trajecti ad Rhenum 1779.* et rec. *Lipsiae 1782.* 4. Cap. 3.

E. R. 514. Consul war. Nur darin wurde durch dieses Gesetz die Verordnung der zwölf Tafeln abgeändert, daß zur Berichtigung der Gränzstreitigkeiten künftig nur ein Arbiter ernennt werden sollte[27]). Aus dieser Quelle ist nachher das Edict des Prätors geflossen, über welches die römischen Rechtsgelehrten in den Fragmenten dieses Titels commentirt haben, und welches Gerhard Noodt[28]) auf folgende Art restituirt hat:

Finium regundorum si agetur inter confines, arbitrum dabo, ut fines eius arbitratu regantur; item, si quid damni datum factumve erit, sive quid eo nomine alicui aberit, aut ad eum pervenerit, ut id praestetur.

Die actio finium regundorum hatte nun ursprünglich blos in dem Falle Statt, wenn über das iter limitare

27) SIMPLICIUS sagt bey GOESIUS in seinen Scriptoribus rei agrariae pag. 83. *Lex Mamilia fini latitudinem praescribebat. — Quini pedes latitudo dati sunt. An in tantum quisque? Videntur tamen his quinque pedum esse latitudinem ita, ut dupondium et semissem* (i. e. duo pedes et dimidium) *unaquaeque pars ad agri finem pertinere patiatur.* Ferner sagt AGGENUS URBICUS P. I. Commentarii in *Frontinum* de limitibus agrorum pag. 53. edit. GOESII. *De fine Lex Mamilia quinque aut sex pedum latitudinem praescribit:* (Die Worte *aut sex* sind jedoch, wie GOESIUS in Notis pag. 149. bemerkt hat, als ein unächter Zusatz, wegzustreichen;) *quoniam hanc latitudinem vel iter ad culturas accedentium occupat, vel circumactus aratri, quod usucapi non potest.* Daß nach der *Lex Mamilia* nur ein arbiter zur Beylegung der Gränzstreitigkeiten ernennt werden sollte, erhellet aus einer Stelle des Cicero *de LL. Lib. I. cap. 21.* Siehe auch CUJACII Observat. Lib. V. cap. 21. und SAXE cit. Diss. Cap. IV. pag. 18.

28) Commentar. ad Dig. h. t. init. pag. 233.

quinque pedum ein Streit unter den Gränznachbaren entstand [29]). Ein solcher Streit hieß *controversia finalis* [30]), oder auch *iurgium finale* [31]), und die Beylegung dieses Streits gehörte für den arbiter oder agri mensor [32]). Davon

29) S. HEINECCII Opuscula postuma ad Edictum perpet. Tit. 14. pag. 499. not. b.

30) *L. 3. Cod. Theod. h. t.*

31) Man unterschied zwischen *iurgium* und *lis*, wie Nonius lehrt. Ersteres nannte man eine concertatio inter propinquos et vicinos; hingegen *lis* eine dissensio inter inimicos. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Fontibus quatuor iur. civ. pag. 133. edit. *Genev. 1953.*

32) Daß der *arbiter* und *mensor* oder *agrimensor* von einander nicht verschieden gewesen sind, erhellet theils aus einer Stelle des AGGENUS URBICUS, welcher in *Commentar. in* FRONTINUM *de limitibus agrorum* pag. 64. sagt: *In iudicando* autem *mensor* bonus vir et iustus: und bald nachher heißt es: Totum hoc iudicandi negotium hominem bonum, iustum, sobrium, castum, modestum et artificem egregium exigit. Theils gedenkt auch Ulpian *L. 8. pr. D. h. t.* ausdrücklich nur das *mensoris*, und wenn nachher §. 1. eben dieser römische Jurist sagt: *Ad officium de finibus cognoscentis pertinet, mensores mittere, et per eos dirimere ipsam finium quaestionem*: so beziehen sich unstreitig die ersten Worte auf den Prätor oder Präses, und es ist gewiß keine ungegründete Emendation, wenn NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 235. statt *mensores* lieber *mensorem*, und statt *per eos* vielmehr *per eum* gelesen wissen will. Wenigstens hat diese Conjectur die von Noodt nicht benutzte Auctorität der Basiliken für sich, in welchen Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 9. Const. 8. pag. 778. die *L. 8.* folgendermassen lautet: Ἐὰν ἐπίκλυσις ἀφανίσῃ ὅρους, διὰ τοῦ ἄρχοντος Φανεροῦνται, διδομένου μετρητοῦ. Τὸ γὰρ δικαστοῦ ἐστι διδόναι μετρητήν.

i. e.

Davon war *controverſia de loco* unterſchieden, wenn über die Proprietät eines Theils des Grundſtücks ſelbſt geſtritten wurde [33]). Die Klage, welche deshalb Statt hatte, war die rei vindicatio, und die Entſcheidung eines ſolchen Streits gehörte für den Prätor. Es verdienen hier folgende Stellen einen Platz.

Julius Frontinus *de limitibus agrorum* pag. 39. et 40. nach der Ausgabe des Goes ſagt:

Materiae controverſiarum ſunt duae *finis* et *locus*. De rigore controverſia eſt finitimae conditionis, *quoties ſecundum Legem Mamiliam intra quinque pedes agitur*. De *fine* ſimilis eſt controverſia, nam et eadem Lege continetur, et de quinque pedum agitur latitudine. *De loco* controverſia eſt, *quidquid excedit ſupra ſcriptam latitudinem*.

Iſidorus *Lib. V. Origin. c.* 25. beſtärkt eben dies, wenn er ſagt:

Finium regundorum actio dicta, quod per eam regantur fines utrique, ne diſſipentur: dummodo non angultiore quinque pedum loco ea controverſia ſit.

Beſonders aber gehört hieher die Conſtitution des Kaiſers **Conſtantin** *L.* 3. *Cod. Theod. h. t.*

Si

i. e. *Si fines inundatio confuderit, per praeſidem provinciae, menſore dato, demonſtrantur. Nam iudicis eſt, menſorem dare.*

S. SAXE Diſſ. cit. ad L. Mamiliam Cap. IV. pag. 18. und *Anonymi* Exercitat. iuridico-antiquar. de agrimenſoribus Romanor. *Bremae 1771.* 8. §. 15. et 16.

33) S. *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. ad L. 3. Cod. Theod. h. t. Tom. I. pag. 235. ſq. *edit. Ritter.*

Si *finalis controverſia* fuerit, tunc demum *arbiter* non negetur, *cum intra quinque pedes locum* (i. e. agrum), *de quo agitur*, *apud Praeſidem eſſe conſtiterit:* cum de maiori ſpatio *cauſa quaedam non finalis*, ſed *proprietatis* apud ipſum Praeſidem debeat terminari.

Viele Rechtsgelehrten [34]) behaupten, daß der Grundſatz des ältern Rechts, der Gränzraum müſſe fünf Fuß breit ſeyn, durch das neuere römiſche Recht ſey aufgehoben, und ſtatt deſſelben fines lineares wären eingeführt worden. So wollen wenigſtens Jac. Gothofredus [35]), Hubert Giphanius [36]), und Peter van Toullieu [37]), die *L.* 5. *C. h. t.* verſtehen, worin es heißt:

Quinque pedum praeſcriptione ſubmota, finalis iurgii, vel locorum libera peragatur intentio [38]).

Allein

34) S. HUBERI Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. STRUVII Syntagm. iuris civ. Exercit. XIV. Th. 57. und HEINECCII Hiſtor. iuris civ. Lib. I. cap. III. §. 101. not. *). pag. 179.

35) Commentar. ad L. 4. Cod. Theodos. h. t. Tom. I. pag. 237. *edit. Ritter.*

36) Explanat. difficilior. et celebrior. Legum Codicis Iuſtin. ad L. penult. er L. ult. C. h. t. pag. 208. ſqq.

37) Collectanea iuris civ. Diſſertat. IV. Cap. 9.

38) So wie dieſes Geſetz im Juſtinianeiſchen Codex lautet, iſt es verſtümmelt. Vollſtändiger iſt es *L. 4. Cod. Theodos. fin. reg.* nach Gothofredus Tom. I. Lib. II. Tit. 26. pag. 236. der Ritterſchen Ausgabe befindlich. Die beſte Erklärung von dieſer ſo ſehr mißverſtandenen Stelle giebt Weſtphal in dem Syſtem des röm. Rechts über die Arten der Sachen, Beſitz, Eigenthum und Verjährung. §. 826.

Allein wenn es auch an sich seine Richtigkeit hat, daß hier unter dem Wort *praescriptio* nicht, wie Alciat [39]), und mehrere andere [40]) es erklären, eine Verjährung der Gränze, sondern vielmehr die gesetzlich bestimmte Gränzscheidung von fünf Fuß breit (spatium quinque pedum legibus praescriptum) verstanden werden muß, wie durch die von Jacob. Gothofredus [41]) angeführten Beweisstellen auser Zweifel gesetzt worden ist; so ist doch von einer Aufhebung dieses Gränzraums überall die Rede nicht, sondern das Wort *submovere* heißt hier, wo von Gränzen die Rede ist, soviel als confundere oder de loco movere [42]). Die Worte: *Quinque pedum praescriptione submota* sind daher so zu erklären: Wenn die gesetzlich verordnete Gränzlinie von fünf Fuß breit verrückt oder verdrängt worden ist, so soll weder die deshalb dem Nachbar zustehende Gränzscheidungsklage, noch die Vindication des demselben durch die Verrückung der Gränze entzogenen Stück Landes einer Verjährung unterworfen seyn, sondern die Klage zu aller Zeit Statt finden [43]). So ist nach Johann

39) Libr. de quinque pedum praescriptione §. 19. et 20.

40) POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XVI. *Alex. Andr. de* RAMDOHR Commentat. de limitum praescriptione. *Goettingae 1746.* Sect. III. §. 17. *Car. Guil.* MÜLLER Diss. de crimine termini moti. *Lipsiae 1752.* §. 8.

41) *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 4. Cod. Theod. h. t. Tom. I. pag. 237.

42) *L. 1. L. 2. et 3. D. de termino moto.*

43) In wiefern Justinian durch die *L. ult. C. h. t.* und *L. 1. §. 1. C. de ann. except.* dies abgeändert habe, wird §. 719. vorkommen.

Johann Eduard Wirrert [44]) dieses Gesetz zu erklären, welches der große Gerhard Noodt [45]) für unerklärbar hielt. Daß durch dieses Gesetz die vorgeschriebene Breite des Gränzreins von 5 Fuß keinesweges aufgehoben worden ist, erhellet noch deutlicher aus *L.* 5. *Cod. Th. h. t.* wo es heißt:

Cunctis molitionibus, et machinis amputatis, finalibus iurgiis ordinem modumque praescripsimus; *ac de eo tantum spatio, hoc est, pedum quinque, qui veteri iure praescripti sunt, sine observatione temporis arbitros iussimus iudicare.* Quod si loca in controversiam veniant, solenniter Judicans cognoscat, et seu civilis seu criminalis actio competit, tribuatur, ita ut causa cognita, et redhibitione obnoxius decernatur, nec poenam convictus aufugiat [46]).

In dieser Constitution, welche Kr. Theodos der Große im Jahr Chr. 392. promulgirte, und die also viel jünger ist, als die vorhergehende vom Kr. Valentinian im Jahr 385. gegebene Verordnung, wodurch das zum Gränzreine vorgeschriebene Spatium quinque pedum nach der Meinung vieler Rechtsgelehrten sollte aufgehoben wor-

den

44) Disputat. de praescriptione quinque pedum ad L. penult. Cod. fin. reg. *Lugduni Batavor.* 1751. (in *Ger.* OELRICHS *Thesauro novo Dissertation. iuridic. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. Nr. VII.)

45) Commentar. ad Pand. h. t. in fine Tom. II. *Operum.*

46) Ich habe die Constitution, welche nach Gothofred manche unrichtige Lesearten enthält, nach Ritters Emendation hier dargestellt. S. *Tom. I. Cod. Theodos. L. II. Tit. 26. pag. 241. sq.*

den seyn, wird also nochmals dieser in dem alten Rechte vorgeschriebene Gränzraum, so wie der Unterschied zwischen *iurgium finale* und *controversia locorum* bestätiget, nur mit der Abänderung, daß die Unverjährbarkeit der Klage blos auf das erstere beschränkt seyn solle. Wie lange jedoch jenes gesetzliche Reinmaaß im Gebrauche geblieben sey, ist unbekannt. Einige [47]) glauben, es sey schon zu Justinians Zeiten ausser Gebrauch gekommen, andere [48]) nach Justinian. Allein es läßt sich das eine so wenig als das andere mit Grund behaupten, wie Saxe [49]) sehr richtig bemerkt hat. Soviel ist indessen gewiß, daß es darauf heut zu Tage bey der Gränzscheidungsklage nicht mehr ankomme [50]).

Das iudicium finium regundorum ist nun, soviel die Natur dieser Klage anbetrift,

1) eine *actio duplex*, denn jeder Gränznachbar kann sie anstellen, dem an der Berichtigung der verworrenen Gränzen gelegen ist. Es muß jedoch zuvörderst der Besitz, wenigstens der jüngste [51]), berichtiget werden, theils um die Ruhe unter den Partheyen herzustellen, und Thätlich-

keiten

47) *de* RAMDOHR Commentat. de limitum praescriptione Sect. III. §. 17. p. 49. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3078.

48) HEINECCIUS in Histor. iuris Lib. I. cap. 3. §. 101. in fin.

49) Vid. SAXII Diss. cit. Cap. 5. pag. 22.

50) GOESIUS in Notis ad rei agrar. Scriptores pag. 193. MÜLLER ad STRUVII Synt. iur. civ. Exercit. XIV. Th. 57. not. ξ. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 12.

51) S. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. VI. Th. 4. Not. 3.

keiten unter denselben zu verhüten, theils damit man wisse, wer Klägers oder Beklagtens Stelle zu vertreten hat. Daher sagt *L.* 3. *C. h. t.*

Si quis super sui iuris locis prior de finibus detulerit querimoniam, quae proprietatis controversiae cohaeret; *prius possessionis quaestio finiatur*: et tunc agrimensor ire praecipiatur ad local, ut, patefacta veritate, huiusmodi litigium terminetur.

Wenn nun gleich bey dieser Klage eigentlich derjenige, welcher zuerst klagt, als Kläger angesehen wird[52]; so kann doch auch dieser, wegen des gleichen Rechts des Beklagten, selbst zugleich Beklagter seyn, und daher auch, wegen der dem Beklagten in Rücksicht der Gränzberichtigung etwa zustehenden Gegenforderungen, condemnirt werden[53], wie sich in der Folge noch mit Mehrerem ergeben wird.

Die Gränzscheidungsklage ist ferner

2) eine gemischte Klage. Zwar ist das dingliche Recht bey dieser Klage nicht die Hauptsache, worüber gestritten wird. Denn es pflegen sich gemeiniglich die Angränzer einander zuzugestehen, daß jedem das Eigenthum des Grundstücks zugehöre, dessen Gränzen in Verwirrung gerathen sind. Es wird also hauptsächlich nur über die Gränzen gestritten, und auf die wegen der Verwirrung derselben entstandenen persönlichen Leistungen geklagt, wozu die Verbindlichkeit entweder unmittelbar aus dem Gesetz, oder aus der Administration der Gränzen quasi

52) *L.* 2. §. 1. *D. Communi divid.*

53) *L.* 2. §. 1. *L.* 3. *D. h. t.*

quasi ex contractu, oder auch aus einer von dem Beklagten unternommenen unerlaubten Handlung entspringt [54]). Allein da auch zugleich auf Restitution desjenigen geklagt werden kann, was der Beklagte wegen der entstandenen Verwirrung der Gränzen von des Klägers Länderey ohne rechtlichen Grund besitzt, und folglich in dieser Hinsicht zugleich die Stelle der Reivindication vertritt, sie ist die Gränzscheidungsklage auch zugleich als eine actio in rem anzusehen, und so erklärt sich denn der Ausspruch des röm. Juristen Paulus von selbst, wenn er *L.* 1. *D. h. t.* sagt:

Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.

Johann Voet [55]) und Gerhard Noodt [56]) wollen zwar diese Stelle so verstehen, daß die Gränzscheidungsklage hauptsächlich eine *actio in rem* sey, weil jeder Nachbar dadurch das ihm gebührende Seine von dem Andern fordert, was ihm wegen der in Verwirrung geratheten Gränzen an seinem Grundstück fehlt; daneben sey aber diese Klage doch auch zugleich eine *actio in personam*, insofern

54) §. 3. *I. de obligat. quae quasi ex contr. nasc. L.* 4. §. 1. *et* §. 4. *L.* 8. *D. h. t. Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Instit. Lib. IV. Tit. 6. §. 18—20. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 5. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 2. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. und Schmidt in dem theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 4. Bd. §. 1139.

55) Commentar. ad Pandect- h. t. §. 4. pag. 445.

56) Comm. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 236.

fern sie nämlich auf persönliche Leistungen geht, und in dieser Hinsicht auf einer obligatio gegründet ist. Noodt[57]) sucht zur Unterstützung seiner Erklärung aus mehreren Stellen zu beweisen, daß öfters das Wort *etiam*, da, wo es nicht steht, ergänzt werden müsse. Allein daß diese Erklärung dem eigentlichen Sinn dieser Stelle nicht gemäß sey, beweisen insonderheit die Basiliken[58]), in welchen die Stelle so lautet:

Το περὶ ὁρων ἰθυντέων προσωπικόν ἐςιν, ἐι καὶ πραγματος ἐνδίκησιν ἔχει. i. e. *Finium regundorum iudicium personale est, licet rei vindicationum contineat*[59]).

Eben deswegen, weil die Klage eine actio mixta ist, kann sie auch in foro rei sitae angestellet werden[60]).

3) Die Gränzscheidungsklage findet nur inter confines, wie Paulus[61]) sagt, das ist, unter Feldnachbaren Statt; nicht wider einen Dritten, der kein Gränznachbar ist. Hat ein solcher die Gränzen vorsätzlich verrückt, so muß die actio de termino moto wider ihn angestellt werden[62]).

4) Die

57) Lib. sing. ad Edictum de pactis et transactionib. Cap. 3.

58) Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 9. Const. 1. pag. 778.

59) Man sehe vorzüglich *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. Lib. X. ad L. 1. D. h. t. pag. 429. sq.

60) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 6. §. 43. WERNHERI Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 1.

61) *L. 4. §. 10. D. h. t.*

62) Nach der *Lege agraria* C. IULII CAESARIS, deren Callistratus *L. 3. D. de termino moto* gedenkt, gieng die Klage

4) Die Klage geht zwar hauptsächlich auf Berichtigung der Gränzen, welche in Verwirrung gerathen sind; sie bestehe nun entweder in einer Wiederherstellung der alten, oder Festsetzung neuer Gränzen, wenn es nämlich nicht möglich wäre, die alten ausfindig zu machen. Doch finden nebenbey auch Forderungen wegen des Interesse Statt, wohin nicht nur Erstattung der entzogenen Nutzungen, sondern auch der Verwendungen und Unkosten, welche der Kläger z. B. für die Ausmessung der Felder hat bezahlen müssen, so wie nicht minder Ersatz der verursachten Schäden gehört. Die näheren Bestimmungen hierüber werden unten §. 723. angegeben werden. Hier nur noch eine Stelle aus **Paulus** *Lib.* 23. *ad Edictum.* Dieser röm. Jurist sagt nämlich *L.* 4. §. 1. *D. h. t.*

In iudicio finium regundorum etiam eius ratio fit, *quod intereſt.* Quid enim, si quis aliquam utilitatem ex eo loco percepit, quem vicini esse appareat? inique damnatio eo nomine fiet [63]). Sed et si mensor ab altero

ge auf eine Geldstrafe von 50 aureis. Jetzt wird auf das Interesse, und auf eine willkührliche Strafe geklagt. S. *Christ. Henr.* TROTZII Diss. de termino moto. *Trajecti ad Rhenum 1730.* (in *Ger.* OELRICHS *novo Thesauro Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. Nr. 3.) und *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 3.

63) So lieset TAURELLIUS und nach ihm GEBAUER. Allein HALOANDER und VINTIMILLIUS wollen mit der Vulgata lieber an inique damnatio eo nomine fiet? lesen. Es scheint auch, daß das Fragzeichen, welches nach dem Worte *appareat* steht, mit NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 236. auf diese Art verändert werden müsse, wenn die Florentinische Lesart gerettet

altero solo conductus sit, condemnatio erit facienda eius, qui non conduxit, in partem mercedis.

§. 718.

Erfordernisse des iudicii finium regundorum. Welche Klagen finden Statt, wenn bey Gebäuden Gränzstreitigkeiten entstehen? *actio viae receptae.*

Die Gränzscheidungsklage setzt nun I. eine Gränzverwirrung voraus, das heißt, es muß eine Ungewißheit über die wahren Gränzen vorhanden seyn, sie sey nun entweder durch Zufall z. B. durch Ueberschwemmung, oder feindliche Belagerung, oder durch das Alterthum der Zeit, oder durch die unerlaubte Handlung des Gränznachbars entstanden. Justinian sagt ausdrücklich § 6. *I. de officio iud.* Eo quoque nomine condemnandus est quisque hoc

werden soll. Denn mit *Cujaz* in Paulo ad h. L. *non inique* zu lesen, ist eine viel zu gewagte Critic, welche JAUCHIUS in Meditat. critic. de Negationib. Pandect. pag. 171. und pag. 244. mit Recht verwirft. Die aufgeworfene Frage involvirt ja ohnehin schon eine Negation. Vielleicht gefällt indessen die wirklich sinnreiche Erklärung des gelehrten *Io. Frid.* SAMMET in Recept. Lection. ad Iauchium Disputat. I. Cap. VI. §. 3. (in *Opusc.* pag. 128.) welcher die Lesart und Interpunction unverändert läßt, und den Paulus aus sich selbst erklärt. Paulus sagt nämlich *L. 3. D. de damno inf. Damnum* et *damnatio* ab ademtione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt. *Damnatio* ist also auch in unserer Stelle nicht, wie es alle erklären, für eine *condemnatio*, *quae officio iudicis fit*, sondern für *damnum* zu nehmen, und nun die Stelle so zu verstehen: Iniquum ergo est, ut vicinus *damnationem*, id est *deminutionem patrimonii sui* patiatur, si alter vicinus ex eo utilitatem perceperit.

hoc iudicio (sc. finium regundorum), *quod forte circa fines aliquid malitiose commisit*: verbi gratia, quia lapides finales furatus est, vel arbores finales excidit. Jedoch findet in diesem Falle auch eine peinliche Anklage Statt [64]). Wo also keine Gränzverwirrung möglich ist, da fällt die Gränzscheidungsklage weg. Sie findet daher bey solchen Grundstücken nicht Statt, welche durch ein Gebäude, oder durch die Landstraße, oder durch einen öffentlichen Fluß geschieden sind. Paulus sagt *L.* 4. §. 10. *D. h. t.* Etsi in agris *aedificia* iuncta sint, locus huic actioni non erit; und §. 11. Sive *flumen* sive *via publica* intervenit [65]), confinium non intelligitur: et ideo finium regundorum agi non potest. Eben dieser römische Jurist

64) *L.* 1. *et* 2. *D. de termino moto. Const. crim. Carol. Art.* 114. *Car. Guil.* MÜLLER Diss de crimine termini moti. *Lipsiae* 1752. Beyde Klagen die actio civ. finium regundorum und die actio crim. de termino moto können auch cumulirt werden. *L.* 4. §. 4. *D. h. t.* S. *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XX. §. 40. und *de* BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. VI. Th. 4. Not. 10.

65) Ich muß hier bemerken, daß die Leseart des §. 11. in den Ausgaben der Pandecten verschieden ist. TAURELLIUS, HUGO *a* PORTA, RUSSARDUS, CHARONDAS, GOTHOFREDUS und GEBAUER lesen: *Sive via publica.* HALOANDER, und BAUDOZA CESTIUS hingegen: *Si vero flumen vel via publica.* Diese Leseart billiget auch NOODT in Comm. ad Pandect. h. t. pag. 234. Die Vulgata aber lieset: *Si vero via publica.* So hat auch unser Cod. Pand. Erlang. und diese Leseart billiget insonderheit *Ulr.* HUBER in Eunom. Rom. ad h. L. pag. 427. Allein die richtigere Leseart nach Brenkmanns Urtheile in dem Gebauerschen Corp. iuris ist die von mir beybehaltene: *Sive flumen sive via publica*, wie CONTIUS aus dem Frontin bewiesen hat.

ſetzt noch *L.* 5. *D. eodem* hinzu: Quia magis in confinio meo via publica, vel flumen ſit, quam ager vicini. Hat daher ein Nachbar auf eine unerlaubte Art den öffentlichen Weg auf des Andern Grundſtück hinübergebracht, z. B. er hat von dem öffentlichen Wege Etwas abgepflügt, wodurch derſelbe zu ſchmal geworden iſt, daher die Fuhrleute ſich genöthiget geſehen haben, ſich einen Weg über das gegenüber liegende Grundſtück zu machen[66]; ſo findet die Gränzſcheidungsklage nicht Statt, ſondern es muß eine andere Klage angeſtellet werden, welche *actio viae receptae* oder beſſer *reiectae*[67] genennt wird. Paulus gedenkt derſelben *L.* 3. *pr. D. de via publica*, wo es heißt:

Si in agrum vicini viam publicam quis reiecerit, tantum in eum *viae receptae actio* dabitur, *quanti eius intereſt*, cuius fundo iniuria irrogata.

Dieſe Klage geht dahin, daß der Beklagte allen durch die Rejection des öffentlichen Weges verurſachten Schaden erſetze,

66) Es kann die unerlaubte Handlung, wodurch der öffentliche Weg auf des Nachbars Grundſtück gebracht wird, auch unterlaſſungsweiſe begangen werden, dahin gehört, wenn der eine Nachbar die ihm obliegende Ausbeſſerung des öffentlichen Weges auf ſeiner Seite unterläßt. Denn ſo wie jedem das Recht zuſteht, den öffentlichen Weg zu beſſern, und Niemand daran gehindert werden darf, ſo liegt die Verbindlichkeit zur Ausbeſſerung zunächſt den Feldnachbaren ob. S. WESTPHAL Interpretat. iur. civ. de libertate et ſervitut. praedior. §. 90. et not. 90. pag. 80. Schmidts Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von Klagen 5. B. §. 1322.

67) S. *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejuſt. ad *Iul.* PAULI *Sentent. Recept.* Lib. I. Tit. 14. not. 2. pag. 252.

ersetze, auch den vorigen Weg wiederherstelle, und ihm bey Strafe untersagt werde, den Weg noch einmal auf des Klägers Grundstück zu verlegen [68]). Es ergiebt sich hieraus, daß diese Klage eine eigene, von der Klage des Aquilischen Gesetzes ganz unterschiedene, prätorische Klage sey, und daß daher diejenigen [69]) offenbar irren, welche sie blos für eine Art von jener Klage halten wollen [70]). Insofern diese Klage blos auf Schadensersatz gerichtet wird, findet sie unstreitig auch gegen die Erben Statt; dahingegen sind dieselben zur Wiederherstellung des öffentlichen Weges nur dann verbunden, wenn sie durch die unerlaubte Handlung ihres Erblassers bereichert worden sind [71]). Heutzutage kann man sich jedoch, ohne eine förmliche Klage anzustellen, auch einer bloßen Denunciation bedienen [72]).

Ein bloßer Bach oder Privatweg, welcher zwey Grundstücke von einander scheidet, hindert die Gränzscheidungsklage nicht [73]).

68) S. STRYK Tr. de actionib. forens. Sect. I. Membr. IX. §. 27. BOEHMERI Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. XI. §. 12. und Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden. §. 1325. Außer der *actio viae reiectae* findet auch noch das *Interdictum, ne quid in via publica fiat*, Statt, auch dies geht zugleich auf das Privatinteresse des Klägers. *L.* 2. §. 20. *et* §. 24. *D. Ne quid in loco publico.* S. WESTPHAL cit. lib. §. 484. et 485.

69) Z. B. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pand. Lib. XLIII. Tit. XI. §. 3. STRUV. in Syntagm. iuris civ. Exercit. XLV. Th. 79. und MÜLLER ad *Struv.* c. l. not. *a*.

70) S. Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. B. §. 1322. Not. i.

71) S. Schmidt im angef. Commentar §. 1324.

72) S. MADIHN ad *Menckenii* Introduct. in doctr. de actionib. for. pag. 384. not. 1227.

73) *L. 6. D. h. t.*

II. Die actio finium regundorum findet nach dem römischen Rechte nur alsdann Statt, wenn die Gränzen anliegender Feldgüter in Verwirrung gerathen sind. Bey Gebäuden kann daher diese Klage ordentlicher Weise nicht gebraucht werden. Schon Cicero [74]) sagt: Si in urbe de finibus controversia est, *quia fines magis agrorum videntur esse, quam urbis*, finibus regundis adigere arbitrum non possis. Noch deutlicher aber lehrt dies Paulus, wenn er *L.* 4. § 10. *D. h. t.* sagt:

Hoc iudicium locum habet *in confinio praediorum rusticorum:* urbanorum displicuit. Neque enim *confines* hi, sed magis *vicini* dicuntur, et ea *communibus parietibus* plerumque disterminantur [75]).

Entsteht bey Gebäuden ein Streit über die Gränzen, so findet, ehe noch der Bau vollendet ist, die *novi operis nunciatio*, nachher aber nach dem Unterschiede der Fälle die Reivindication, oder die Confessorische, oder Negatorien-Klage Statt; oder man kann sich auch eines possessorischen Rechtsmittels, des *Interdicti, quod vi aut clam*, bedienen [76]). Wenn jedoch bey Gebäuden Gärten

74) *Topicor. cap. 10.*

75) *Communes parietes* heißen hier nicht solche Wände, welche mehreren angränzenden Häusern gemeinschaftlich sind, sondern diejenigen, welche ein einzelnes Gebäude, dergleichen man insulae nannte, von allen Seiten umschließen. S. Ge. D'ARNAUD Variar. Conjecturar. Lib. II. cap. 25. pag. 383.

76) Denn von einem Quasi-Contract kann hier keine Frage seyn. Der Streit kann blos entweder die Proprietät, oder die Anmaßung einer Servitut, oder die Befreyung von derselben betreffen. Ersatz für die zugefügten Schäden ist hier nur Folge der

ten befindlich sind, die an einander gränzen, so kann zuweilen wohl auch eine solche Gränzverwirrung entstehen, welche der Gränzscheidungsklage Raum giebt [77]).

§. 719.

Wenn hat bey der Gränzscheidungsklage die Verjährung Statt?

Bey der Gränzscheidungsklage müssen zwey Fälle unterschieden werden. Es wird entweder blos über die Auseinandersetzung wirklich verworrener Gränzen gestritten, oder es wird zugleich die Restitution eines dem Kläger gehörigen Stück Landes gefordert, welches der Beklagte über die Gränzlinie besitzt [78]). Man kann die Klage in jenem Falle mit Peter van Toullieu [79]) *actio finium regundorum simplex*, in diesem aber *actio finium regundorum qualificata* s. *ea, quae pro rei vindicatione est*, nennen. Der Unterschied besteht darin, daß jene keiner Verjährung unterworfen ist, weil bey verworrenen Gränzen, wegen der Ungewißheit derselben, kein fester und gewisser Besitz Statt findet [80]). Schon nach den Gesetzen

der Realklage. S. CARRACH Adnotation. ad *Boehmeri* doctrinam de actionib. Sect. II. Cap. VI. ad §. 42. not. 99. pag. 285. HOFACKER Princip. iuris civ. T. III. §. 3073. not. b. und HOMMEL ad MENCKENII Introduct. in doct. de actionib. for. pag. 385. not. 1234.

77) *L. 4. §. 10. D. h. t.* Et in urbe hortorum latitudo contingere potest, ut etiam finium regundorum agi possit.

78) Die Gesetze nennen dies zum Unterschied von Confinium, *locus*, wie aus *L. 60. pr. D. de Verb. Signif.* erhellet, wo Ulpian sagt: LOCUS est non fundus, sed *portio aliqua fundi.*

79) Collectan. iuris civ. Dissert. IV. Cap. VIII. pag. 211. sqq.

80) S. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. VI. Th. IV. Not. 7. *a* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. CCCCLIV. medit.

der zwölf Tafeln konnte der zwischen Aeckern zu lassende fünffußbreite Gränzraum nicht usucapirt werden. Eben dies wiederholte die Lex Mamilia; und die Verordnungen der christlichen Kaiser dehnten dies auch auf die Präscription aus, wie aus den bereits oben (§. 717.) angeführten Verordnungen der Kaiser **Theodos** und **Valentinian** erhellet. Ja Kaiser **Theodos** II. nahm in der *L. un. Cod. Theodos. de actionib. certo tempore finiendis* von der dreyßigjährigen Präscription die Gränzscheidungsklage ausdrücklich aus, und einen andern Sinn können wir auch jetzt der *L. penult. Cod. h. t.* nicht beylegen [81]).

Wird hingegen die Gränzscheidungsklage zugleich auf Restitution eines Stück Landes gerichtet, welches der Beklagte über die Gränzen sich angemaßt haben soll, so findet in diesem Falle, wo die Klage zugleich die Stelle der Reivindication vertritt, allerdings eine Verjährung statt, wenn der Beklagte beweisen kann, daß er sich dreyßig Jahre hindurch

medit. II. VINNIUS select. iuris Quaest. Lib. I. Qu. 34. Joh. Lud. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien. 2. B. Nr. LXVIII. §. 2. S. 232. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 44. S. 126. und Hagemann im Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 164.

81) S. *Alex. And. de* RAMDOHR. de limitum praescriptione. *Goett. 1746.* Sect. III. §. 17. *Io.* MÜNCH de praescript. limitum. *Aug. Treviror. 1751.* und *Car.* SAXE Diss. ad Leg. Mamiliam. Cap. 5. pag. 22. Anderer Meinung sind *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. und *Io. Ed.* WITTERT in Diss. de praescriptione quinque pedum. Cap. II. §. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. iuridic. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. pag. 421.

hindurch bestimmter Gränzen bedient, und dasjenige, was der Kläger als sein Eigenthum vindicirt, während dieser Zeit mit Ausschließung des Eigenthümers in ruhigem und ungestörtem Besitz gehabt habe [82]). Nur von diesem Falle kann die *L. ult. Cod. finium reg.* verstanden werden, wo Justinian die Dauer der Gränzscheidungsklage auf dreyßig Jahre beschränkt [83]). Zwar ist diese Verordnung, der Inscription nach, ursprünglich von den Kaisern, Theodos, Arcadius und Honorius gegeben. Allein vergleicht man dieselbe so, wie sie im Theodosianischen Codex *L.* 5. *h. t.* Lib. II. Tit. 26. befindlich und daraus oben (§. 717.) wörtlich angeführt worden ist, mit der *L. ult. Cod. Iust. h. t.* wo sie so lautet:

Cunctis molitionibus et machinationibus amputatis, decernimus, in finali quaestione non longi temporis, sed triginta tantummodo annorum praescriptionem locum habere;

so findet sich zwischen beyden Verordnungen eine so wesentliche Verschiedenheit [84]), daß die Interpolation derselben unverkennbar ist, und daher die *L. ult. C. h. t.* so wie sie jetzt lautet, mit vollkommenen Recht dem Kaiser Justinian zugeeignet werden kann. Jedoch ist noch zu bemerken,

1) daß jene Unverjährbarkeit der Klage in dem ersten Falle nur insofern Statt finde, als die actio finium regundo-

82) S. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 3079.

83) S. Thibaut a. a. O. §. 44. S. 129.

84) S. *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. ad L. 5. Cod. Theod. fin. regundor. Tom. I. pag. 241. edit. RITTER. u. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. T. II. *Oper.* pag. 236. sq.

gundorum wirklich auf Bestimmung der in Verwirrung und Ungewißheit gerathenen Gränzen geht. Denn insofern sie blos auf persönliche Leistungen gerichtet ist, ist sie ohne Zweifel der Verjährung unterworfen [85]).

2) Insofern die Verjährung bey der Gränzscheidungsklage eintritt, wird nach dem heutigen Gerichtsgebrauche, in Gemäsheit des canonischen Rechts, von Seiten des Beklagten eine bona fides erfordert [86]).

§. 720. und 721.

Rechtliches Verfahren bey der Gränzscheidungsklage.

Bey einer angebrachten Gränzscheidungsklage hat nun der Richter zuvörderst darauf zu sehen, ob sich nicht die alten Gränzen wieder ausmitteln, und zur Gewißheit bringen lassen. Zu dem Ende ist der Kläger verpflichtet, nicht nur die Gegend und Stelle, wo die Gränze streitig ist, deutlich und bestimmt anzugeben, sondern auch den Gränzzug, wie er solchen behauptet, mit möglichster Deutlichkeit zu beschreiben [87]), so wie nicht minder die Mittel, wodurch er die Richtigkeit der von ihm angegebenen Gränze wahr zu machen gedenkt, gehörig anzuzeigen. Wird die Klage münd-

85) *L. 1. §. 1. C. de annali except.* S. *Bruno* CASTENDYK Diss. de eo quod iustum est circa praescriptionem in iudiciis divisoriis. *Goettingae 1792.* Sect. II. §. 7. et 8. und Thibaut a. a. O.

86) S HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. cura *Gmelin.* Tom. III. §. 3080.

87) Hat der Kläger solches in seiner Klageschrift unterlassen, so kann die Klage, wegen ihrer Undeutlichkeit, als unstatthaft von Amtswegen verworfen werden. S. Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 1. B. Nr. 40.

mündlich angebracht, so hat der Richter bey der Vernehmung des Klägers auf diese Puncte vorzüglich Rücksicht zu nehmen, und darnach das Klageprotocoll anzufertigen [88]). Zum Beweis der Richtigkeit der angegebenen Gränzen ist der bloße Besitz des Klägers nicht hinreichend [89]), sondern er muß durch Zeugen, Urkunden, Flur- und Gränzbücher, Gränzbeziehungsprotocolle, anerkannte Risse und durch Gränzzeichen geführt werden [90]). Da hier beyde Theile ein gleiches Recht haben, so muß auch der Beklagte, wenn er andere Gränzen angiebt, mit seinen Angaben und Gegenbeweismitteln gehört werden [91]). Folgender Text aus dem Canonischen Rechte verdient hier vorzüglich bemerkt zu werden.

Cap. 3. *X. de probat.* — Ad quod scire debes, so rescribirt P. Lucius III. an einen *decanum Cistrensem* in England [92]), quod iudicium finium regundorum tale est, ut in eo utraque persona vices duorum habeat, vide-

88) S. Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 163. S. 291. und vorzüglich die allgemeine Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten. 1. Th. Tit. 42. §. 2. ff.

89) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXIV. medit. 1.

90) S. *Io. Rud.* ENGAU Tract. de librorum, quos Gränz-Lager-Bücher, Flurläufer, Erbbücher und Heberegister dicere solemus, forma, continuatione, renovatione, fideque varia. *Francofurti et Lipsiae 1756. 4.* von Trützschler Anweisung zur Abfassung rechtlicher Aufsätze. 1. Th. S. 434. ff. und Hagemanns Handbuch a. a. O. S. 291.

91) S. GASSER Diss. de iudicio duplici §. 14.

92) So ist mit Böhmer in seiner Ausgabe des Corp. iuris canon. ad cap. 3. cit. not. 43. statt *Cistrensi Episcopo* zu lesen.

videlicet actoris et rei. Unde hinc inde teſtes recte produci poſſunt ad cognitionem iudicis inſtruendam: quibus examinatis, judex, quos praecellere intellexerit, ad fidem ſibi faciendam admittat.

Um die alten Gränzen wieder herzuſtellen, iſt es vorzüglich nöthig, die vorhanden geweſenen Gränzzeichen aufzuſuchen. Die Gränzzeichen können von verſchiedener Art ſeyn[93]).

1) In Anſehung der Materie, woraus ſie beſtehen, ſind ſie entweder natürliche Gränzen, (*Termini naturales*) z. B. Berge, Hügel, Flüſſe, Bäche, u. d. oder künſtliche (*Termini artificiales*). Dahin gehören Mahlbäume, welche durch ein eingehauenes Creuz bezeichnet ſind, ferner Lochbäume, in welchen ein Loch gemacht iſt; hauptſächlich aber Steine, welche zur Bezeichnung der Gränzen geſetzt zu werden pflegen. Dieſe werden davon Gränzſteine, *lapides finales* ſ. *terminales*, genennt. Bey dieſen iſt ſowohl auf die äußerliche Beſchaffenheit, ob ſie nämlich behauen, oder bezeichnet ſind, als auf den Platz, wohin nämlich nach den Grundſätzen der Geometrie Steine zu ſetzen ſind, nicht minder auf die innerlichen Merkmale derſelben, ob ſie nämlich Unterlagen, oder ſo genannte Eyer haben, Rückſicht zu nehmen[94]).

Dieſe

93) Man ſehe hier HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 3071.

94) S. Joh. Jac. Hock Abhandlungen von Verſteinungen, Beſchreibungen, Verzeichnungen und Beziehungen der Gränzen zum Gebrauche eines Beamten und Geometers nach angewandten rechtlichen und mathematiſchen Grundſätzen. Mainz 1789. 8.

Diese Unterlagen können in Glasscherben, Kohlen, Eyerschalen, oder auch kleinen Steinchen bestehen, und werden Steineyer genennt [95]).

2) In Ansehung des Gegenstandes, den sie bezeichnen sollen, unterscheidet man öffentliche und Privatgränzen, je nachdem dadurch die Gränzen öffentlicher oder bloßer Privatrechte bestimmt werden. Zu jenen gehören die Land-Herrlichkeits-Gränzsteine, Gerichtssteine, Geleitsteine, Forst- und Jagdsteine, Flur- und Markungssteine, Weid- und Trottsteine, u. d. Zu den letztern die Güter- oder Acker-Gränzsteine.

3) In Ansehung der Art der Bezeichnung sind sie entweder Haupt-Eck- und Ortsteine, wenn dadurch der Anfang und das Ende eines Bezirks bezeichnet wird. *Lapides principales*, sive *angulares*; oder Läufer, wenn dadurch nicht der Anfang und das Ende, sondern blos der Gränzzug oder die Gränzlinie zwischen den Extremen bezeichnet wird. *Lapides minores*, *lapides secundarii*, *intermedii*, s. *cursores* [96]).

Zur Wiederauffindung der alten Gränzen dienen

1) Urkunden, sowohl privat- als öffentliche, mit Zuziehung der Interessenten verfertigte Urkunden, welche eine genaue Beschreibung der Grundstücke einer gewissen Flur nach ihrer Lage und Flächeninhalt enthalten. Dahin gehören die sogenannten Flurbücher, Lagerbücher, Flur-

95) WERNHER select. Observat. forens. Tom. II. P. X. Obs. 438. BECK Tr. de iure limitum Lib. I. Cap. 5. Obs. 9. und HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 3072.

96) S. HILDEBRAND Diss. de diversitate lapidum finalium, und FERRIERE Dictionaire du droit Art. *Bornes*, *Confins*, et *Limites*.

Flurläufer, Erb- Flur- und Gränzbücher [97]), Gränzbeziehungsprotocolle, Steuer- und Zinsregister, u. d. Papinian macht uns hierauf besonders aufmerksam, wenn er *L.* 11. *D. h. t.* sagt: In finalibus quaestionibus *vetera monumenta*, *census* [98]) *auctoritas* ante litem inchoatam ordinati [99]) sequenda est: modo si non varietate successionum, et arbitrio possessorum fines, additis vel detractis agris, postea permutatos probetur.

97) Man vergleiche hier vorzüglich die oben Not. 90. angeführte Schrift von Engau.

98) *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ad Pand. Diss XI. §. 1. lieset statt census mittelst einer Gemination *ac census*. Wahrscheinlich waren die Worte *monumenta ac census* auf folgende Art abbreviirt *monumentAcensus*. Eine gar nicht ungewöhnliche Gemination. Haloander hat *et* eingeschaltet. Unser Cod. Pand. Erlang. lieset hier ganz anders: *In finalibus quaestionibus vetera monumenta sequenda sunt.* Die Worte: *census auctoritas — ordinati* fehlen ganz. Unter *census* sind übrigens hier die tabulae censuales, de agrorum finibus publica auctoritate per agrimensores s. finitores confectae, zu verstehen, von deren Form und Auctorität besonders *Guil.* FORNERIUS Selection. Lib. III. cap. 2. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 84.) und *Bar.* BRISSONIUS Select. iuris Antiquitat. Lib. IV. cap. 5. handeln. Man vergleiche auch *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. Disput. XXII. Th. 6. pag. 225.

99) Statt *ordinati* will *Elb.* LEONINUS Lib. II. Emendat. cap. 8. nr. 5. *ordinatim* lesen. Ihm stimmt auch *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. fin. reg. Tom. I. pag. 231. bey, und versteht unter *ordinatim*, ordinibus locorum s. terminis in re praesenti inspectis. Allein mit Recht verwirft diese Emendation *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. XXVII. §. 6.

tur [100]). Dieser Beweis wird im Zweifel dem Zeugenbeweise vorgezogen. Marcellus sagt *L.* 10 *D. de probat.* Census et monumenta publica potiora testibus esse, Senatus censuit.

2) Einnehmung des Augenscheins an dem Orte, wo die Gränze streitig ist. (*inspectio ocularis, evidentia facti, descente sur les lieux*). Diese ist zur Berichtigung der Gränzstreitigkeiten ein so nothwendiges Mittel, die wahren Gränzen aufzufinden, daß ohne dieselbe der Streit nicht füglich entschieden werden kann [1]). Nicht nur Ulpian [2]), sondern auch der Kaiser Constantin [3]) gedenken daher dieser Ocularinspection ausdrücklich, als ein vorzügliches Mittel die Wahrheit zu erkennen, und Gränzstreitigkeiten zu entscheiden. Eine solche Gränzbesichtigung kann nun vom Richter entweder von Amtswegen, oder auf Ansuchen einer, oder beyder Partheyen angeordnet werden [4]). Wird die Besichtigung von Amtswegen, oder auf Ansuchen beyder Theile erkannt, so müssen beyde Partheyen die Kosten dazu vorschießen. Wird sie aber blos auf Verlangen der einen Parthey verfügt, so trägt diese vor der Hand die Kosten allein [5]). Der sachfällige Theil, welcher nachher in die

100) In den *Basilic.* Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 9. Const. 11. pag. 778. lautet die Stelle so: Ἐν ταῖς περὶ ὅρων ζητήσεσιν ἀκολουθοῦμεν τῷ κήνσῳ, εἰ μὴ δειχθῇ παρὰ τῶν κτησαμένων ἐναλλαγὴν ἐν τοῖς ἀγροῖς γενέσθαι διὰ προσθήκης ἢ μειώσεως. i. e. *In finalibus quaestionibus censum sequimur, nisi probetur a possessoribus, immutationem in agris, per adjectionem vel detractionem, factam esse.*

1) S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 2. Band. Nr. XLIV. §. 6. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit zur Gründung des histor. und gerichtlichen Beweises 2. Th. X. Abschn. §. 2. S. 260. und Mehlens Anleitung zum gerichtlichen Prozeß 1. Th. §. 340. Not. 1.

2) *L. 8. §. 1. D. h. t.* verb. *oculisque suis subjectis locis.*

3) *L. 3. C. eodem.* — Agrimensor ire praecipiatur ad loca; ut patefacta veritate huiusmodi litigium terminetur.

4) S. Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. §. 341.

5) HOFACKER Principia iur. civ. Tom. III. §. 3075. lit. B.

die Prozeßkosten verurtheilt wird, muß am Ende ihrem Gegner die von demselben verwendeten Besichtigungskosten wieder erstatten [6]). Die Gränzbesichtigung muß nur von dem Richter, oder einem dazu verordneten Commissar [7]) nicht nur mit Zuziehung beyder streitenden Theile [8]), sondern auch der von ihnen etwa vorgeschlagenen Zeugen, und eines Feldmessers oder Feldgeschwornen an dem streitigen Orte geschehen [9]). Gewöhnlich ist zwar die Citation, die deshalb an beyde über die Gränze streitenden Theile erlassen wird, blos monitorisch [10]). Bleibt also auch einer der beyden Theile aus, so geht die Besichtigung dennoch vor sich [11]). Sie kann aber doch auch zuweilen peremtorisch seyn, wenn die Gegenwart der Partheyen schlechterdings nöthig ist, um die streitigen Stellen und Gränzzeichen anzuweisen [12]). Ueber die Gränzbesichtigung muß hiernächst ein genaues und deutliches Protokoll aufgenommen werden [13]);

es

6) Mehlen a. a. O. Not. 2. S. 451.

7) Von dessen Instruction bey Gränzbesichtigungen handelt ausführlich *Rutg.* RULANT in Tr. de Commissariis P. II. Lib. VI. pag. 206. sqq

8) Ohne geschehene Vorladung der Partheyen verliert die Ocularinspection alle Beweiskraft. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Observ. 234. Gönner im Handbuche des gemeinen Prozesses 2. Bd. Nr. 44. §. 14. *Dav.* SCHEINEMANN Diss. de oculari inspectione §. 46.

9) Die bey Gränzbesichtigungen beyzuziehenden Kunstverständigen werden auch Landschieder, Steinsetzer, Umgänger, oder wie es corrupt ausgedrückt wird, Untergänger genennt. S. SCHEINEMANN cit. Diss. §. 15. WEHNER Observat. pract. v. Umgang. und BRACKENHOFFER Diss. de fin. reg. actione §. 20. Ihre Gleichstellung mit Zeugen macht deren Vereidigung nöthig. S. Gönner a. a. O. §. 15. und 16.

19) Gönner a. a. O. §. 15. lit. D.

11) *L. 3. C. h. t.* S. SCHNEIDERS Vollst. Lehre vom rechtlichen Beweise §. 509.

12) S. Martins Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses §. 206. Not. c. S. 284. der zweyten Aufl. und LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. CXIV. medit. 2. et 3.

13) Man sehe hier vorzüglich Gönner im angef. Handbuche 2. Bd. Nr. 44. §. 16.

es ist auch nöthig die streitige Gegend und die angegebenen Gränzen durch den Feldmesser in einen getreuen Riß bringen zu lassen, welcher sodann, wenn er von den streitenden Theilen anerkannt worden ist, vollkommene Beweiskraft hat [14]). Sollten etwa schon vorher von den Partheyen Risse übergeben worden seyn, wozu sie bey Gränzstreitigkeiten die Gesetze selbst verpflichten [15]), so müssen diese an Ort und Stelle mit der Sache selbst verglichen, die darin befundenen Mängel verbessert, und im Protokolle sich auf diese Risse unter Beybehaltung der darin gebrauchten Zeichen bezogen werden [16]).

3) Aussagen sachkundiger Zeugen, welche an den streitigen Ort hingeführt werden müssen. Es werden hier auch solche Zeugen zugelassen, die nicht aus eigener Wissenschaft, sondern auch nur darüber deponiren, was sie von andern alten Leuten, die von der Lage des Orts und den streitigen Gränzen Wissenschaft hatten, gehört haben [17]).

4) Bestimmung und Anweisung der Gränzen, welche von demjenigen, der vorheriger Eigenthümer von beyden angränzenden Gütern war, bey dem Verkaufe des einen derselben geschehen ist. Diese entscheidet jetzt über die Bestimmung der wahren Gränze, ohne Rücksicht, ob ehemals die Gränzen anders gewesen sind, oder nicht [18]).

§. 722.

Wie wenn die vorigen Gränzen nicht auszumitteln sind?

Lassen sich die alten Gränzen nicht erweisen, und es ist auch nicht möglich, sie auszumitteln, und in Gewisheit

14) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3075. pag. 398. in fin.

15) Jüngst. Reichsabsch. v. 1654. §. 51.

16) Gönner a. a. O. §. 16. S. 427.

17) *L. 2. §. 8. D. de aqua et aquae pluv.* CUJACIUS Observation. Lib. III. Obs. 26. RAEVARDUS Varior. Lib. I. cap. 14. MYNSINGER Observat. Lib. VI. obs. 26. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 37.

18) *L. 12. D. t. t.* Eos terminos, quantum ad dominii quaestionem pertinet, observari oportere fundorum, quos demonstravit is, qui utriusque praedii dominus fuit, cum alterum eorum venderet. Non enim termini, qui singulos fundos separabant,

zu bringen; so können sich entweder die Partheyen über die Bestimmung neuer Gränzen gütlich vereinigen, oder nicht. Im letzten Falle kann der Richter nach seinem billigen Ermessen eine neue Gränze setzen, wobey er denn befugt ist, wenn eine feste Gränzbestimmung auf andere Art nicht bewirkt werden kann, dem einen Theile von dem Grundstücke des Andern, gegen eine verhältnißmäßige Entschädigung, Etwas zuzusprechen [19]).

Es muß jedoch bey der Gränzberichtigung auch dafür gesorgt werden, daß der gesetzliche Zwischenraum wieder hergestellet werde [20]).

Hellfeld zieht aus diesen Prämissen die Folge, daß die Gränzscheidungsklage eine actio bonae fidei und arbitraria sey. Es ist jedoch das eine so wenig, als das Andere außer Zweifel. Man streitet nämlich

a, darüber, ob die Gränzscheidungsklage eine actio bonae fidei oder stricti iuris sey? Das Erstere haben vorzüglich Cocceji [21]) und Marcilius [22]) zu beweisen gesucht. Allein das Letztere behaupten die meisten Rechtsgelehrten [23]) vorzüg-

rabant, observari debent, sed demonstratio adfinium novos fines inter fundos constituere. S. *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. V. cap. 11. pag. 38.

19) *L.* 2. §. 1. *L.* 3. *D. h. t.* Vergl. insonderheit Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 163. S. 292. Not. 9.

20) *L.* 13. *D h. t. Io. Frid.* EISENHART Diss. ad L. 13. D. fin. reg. *Helmst. 1761.* 4. und VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 12. und HILDEBRAND Ex. de legitimo praedior. Spatio. *Alt. 1724.*

21) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 3.

22) Ad §. 28. I. de actionib. in *Iani a* COSTA Comment. ad Institut. pag. 548.

23) *Emund.* MERILLIUS in Comm. ad §. 28. I. de act. *Ian. a* COSTA Comm. ad eund. §. verb. *Familiae erciscundae. Ant.* MURETUS ad eund. §. I. de actionib. bey *a* COSTA in Comm. pag. 549. *Io. Iac.* WISSENBACH in Exercitat. ad Pand. Disputat. XXII. Th. 5. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 2. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3047. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficilior. Exerc. X. §. 14. und besonders *Nic. Hier.* GUNDLING in Diss. de usu practico actionum bonae fidei et stricti iuris. Cap. I. §. 40.

vorzüglich darum, weil in dem §. 28. *I. de actionib.* wo die actiones bonae fidei angegeben werden, das iudicium finium regundorum nicht mit erwähnt wird, da doch die übrigen beyden Theilungsklagen, nämlich die actio familiae erciſcundae und communi dividundo, ausdrücklich angeführt werden. Es ſcheine alſo die actio finium regundorum abſichtlich weggelaſſen zu ſeyn. Ueberdem entſpringe dieſe Klage gewöhnlich aus einem Delict, und könne alſo ſchon darum nicht auf Billigkeit Rückſicht genommen werden. Hierzu komme endlich noch, daß vermöge dieſer Klage die Früchte dem Kläger erſt von Zeit der Litisconteſtation an zuerkannt würden. Nun hat zwar Cocceji ſchon alle dieſe Gründe hinlänglich beantwortet, es wird ſich auch die Richtigkeit ſeiner Meinung noch in der Folge deutlicher ergeben; da indeſſen der Streit blos theoretiſch iſt, indem der römiſche Unterſchied zwiſchen actionibus bonae fidei und ſtricti iuris heut zu Tage wegfällt[24], ſo will ich mich dabey nicht weiter aufhalten. Eben ſo wenig ſind

b) die Rechtsgelehrten darüber einig, ob die Gränzſcheidungsklage eine actio arbitraria ſey. Anton Faber[25] hat dies aus vielen Gründen zu erweiſen geſucht. Ihm ſtimmen auch Broeus[26], Huber[27], Weſtenberg[28], Eminghaus[29], und Höpfner[30] bey. Voet[31], Greve[32], Wiſſenbach[33] und Cocceji[34] hingegen läugnen dieſes.

24) S. GUNDLING cit. Diſſ. Cap. II. §. 12. ſqq. und dieſen Commentar 4. Th. §. 310. S. 254. ff.

25) De Errorib. Pragmaticor. P. IV. Decad. XCIV. Err. 1. et 2.

26) Expoſition. in Iuſtin. Inſtitut. Lib. IV. Tit. 6. ad §. Praeterea de actionib. §. 5. pag. 788.

27) Praelect. iuris Rom. P. II. h. t. §. 8.

28) Princip. iuris ſec. ord. Dig. h. t. §. 7.

29) Ad *Cocceji* ius civ. controv. Tom. II. h. t. Qu. 3. not. v. pag. 87.

30) Theor. pr. Commentar über die Inſtitutionen §. 1134.

31) Commentar. ad Pand. h. t. §. 2.

32) Exercitat. ad Pand. loca difficil. Ex. X. §. 14.

33) Exercitat. ad Pand. Diſputat. XXII. Th. 5.

34) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 3.

dieses. Versteht man unter einer actio arbitraria eine solche Klage, bey welcher der Richter vorläufig durch sein arbitrium bestimmt, was der Beklagte dem Kläger zu leisten habe, und, wenn diesem Bescheide keine Folge geleistet wird, die härtere condemnatio eintritt[35]; so verdient die erstere Meinung unstreitig den Vorzug, da bey dieser Klage der Ungehorsam die Verurtheilung des Beklagten zur Leistung des Interesse nach sich zieht, welches der Kläger auch eidlich bestimmen kann[36].

§. 723.

Persönliche Forderungen bey dem iud. F. R. **Wem steht die Klage zu? Findet die Klage** inter socios **Statt?** iudicium finium regundor. utile.

Die Gränzscheidungsklage geht, außer der Wiederherstellung der wahren Gränzen, auch noch auf andere persönliche Forderungen; nämlich auf Leistung des Interesse, wenn während der Verwirrung ein Theil über seine wahre Gränze geschritten war. In dieser Hinsicht kann sie

I. auf Restitution der Früchte gerichtet werden. Es ist jedoch ein Unterschied zu machen.

1) Von Zeit der Litiscontestation an, müssen dem Kläger alle Früchte restituirt werden, und es ist hier kein Unterschied, der Beklagte sey redlicher oder unredlicher Besitzer. Denn auch der bonae fidei possessor haftet, von dieser Zeit an, für Dolus und Culpa.

2) In Ansehung der vor entstandenem Proceß percipirten Früchte hingegen kommt es darauf an,

a) ob sie noch vorhanden sind. Diese müssen, wie bey der Reivindication, restituirt werden[37].

b) Sind sie hingegen consumirt, so darf sie zwar der redliche Besitzer nicht vergüten; dahingegen können die von dem unredlichen Besitzer gezogenen Nutzungen condicirt werden, wenn sie gleich nicht mehr vorhanden sind. Auf diese Art sind folgende zwey Gesetzstellen zu vereinigen, welche beyde aus Paulus *libro* 23. *ad Edictum* genommen sind[38].

L. 4. §. 2. *D. h. t.* Post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc iudicio; nam et culpa et dolus exinde praestantur. Sed ante iudicium percepti non omnimodo[39]) hoc in iudicium venient;

35) §. 31. *I. de act.* S. den 3. Th. dieses Commentars §. 274. S. 611.

36) *L.* 4. §. 3. *D. h. t.* §. 6. *I. de offic. iud. L.* 22. *C. de Rei vindicat.*

37) *L.* 22. *Cod. de Rei vindic.* verglichen mit *L.* 1. *D. h. t.* S. HUBERI Praelect. iuris Rom. P. II. h. t. §. 7. v. *Fructibus.* und besonders CASTENDYK Diss. de eo, quod iustum est circa praescript. in iud. divisor. Sect. I. §. 4.

38) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 4. §. 2. D. h. t. Tom. II. P. II. p. 360. und *Ger.* NOODT Comm, ad Pand. h. t pag. 236.

39) Wenn JAUCH in Meditat. critic. de Negationib. Pandectar. Cap. XVI. §. 20. Not. pag. 262. Das non omni modo durch *nullo modo* erklärt, so

venient: aut enim bona fide percepit, et lucrari eum oportet, si eos consumsit; aut mala fide, et condici oportet 40).

L. 56. D. Familiae erciscundae. Non solum *in finium regundorum*, sed et familiae erciscundae iudicio, *praeteriti quoque temporis fructus veniunt.*

Unter den *fructus praeteriti temporis* werden hier unstreitig die vor Anstellung der Klage gezogenen Nutzungen verstanden. Wenn nun in der *L. 9. C. eodem.* der Grund, warum auch diese Früchte bey der Erbtheilungsklage berechnet werden müssen, darin gesetzt wird, weil diese Klage eine actio bonae fidei sey, so ist wohl kein Zweifel übrig, daß ein gleiches auch von der Gränzscheidungsklage zu behaupten sey. Denn in Ansehung der nach der Litiscontestation gezogenen Nutzungen ist zwischen actionibus bonae fidei nnd stricti iuris kein Unterschied 41).

II. Auf Ablegung der Rechnung wegen der gezogenen Nutzungen, insofern sie dem Kläger zu restituiren sind. Jedoch kann der Beklagte die darauf verwandten Unkosten in Abrechnung bringen, ohne Unterschied, er sey redlicher oder unredlicher Besitzer 42).

III. Auf Ersatz alles sowohl positiven Schadens, als entzogenen Gewinnes. Denn Paulus lehrt ausdrücklich *L. 4. §. 4. D. h. t.* In iudicio finium regundorum etiam eius ratio fit, *quod interest.* Jedoch geht dies hauptsächlich nur auf den unredlichen Besitzer 43).

Die Gränzscheidungsklage steht übrigens nicht nur den Eigenthümern der angränzenden Grundstücke zu, sie mögen ein vollkommenes oder unvollkommenes, ein bürgerliches oder prätorisches Eigenthum haben; sondern auch andern Realberechtigten, z. B. dem Usufructuar, dem Pfandgläubiger 44). Ein Pächter hingegen kann diese Klage in eigenem Namen nicht anstellen, weil ihm an dem Pachtgute kein dingliches Recht zusteht. Er kann indessen mandatario nomine des Verpächters klagen, und es wird dazu nicht einmal eine ausdrückliche Vollmacht erfordert, weil er schon dadurch stillschweigend bevollmächtiget ist, daß die gepachtete Sache unter seiner Sorgfalt steht 45). Der Miteigenthümer hingegen kann diese Klage gar nicht

so ist dies offenbar falsch, wie theils aus dem in den nachfolgenden Worten der *L. 4. § 2.* angegebenen Unterschiede, theils aus der *L. 56. cit. fam. ercisc.* erhellet.

40) Denn die *condictio ex causa iniusta* oder *sine causa* concurrirt auch mit andern Klagen. *L. 5. D. de except. rei iudic. L. 52. D. Mandati.*

41) S. *Hugon.* DONELLI Tr. de fructibus. Cap. 2. und Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage §. 786.

42) *L. 1. C. de fructib.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 7.

43) HUBERI Praelect. iur. Rom. P. II. h. t. §. 7. Verb. *Et eo quod interest.* und CASTENDYK cit. loc.

44) *L. 4. §. 9. D. h. t.* Auch der Emphyteuta, ferner der bonae fidei possessor kann diese Klage anstellen; nicht aber der malae fidei possessor. VOET in Commentar. ad Pand. h. t. §. 6.

45) S. Schmidts Commentar 4. Bd. §. 1140.

nicht anstellen, auch eben so wenig dadurch belangt werden, wenn die Gränzen einer, ihm ausschließlich gehörenden Sache, mit der gemeinschaftlichen in Verwirrung gerathen sind; sondern muß sich des iudicii communi dividundo bedienen. Paulus läßt uns wenigstens hieran nicht zweifeln, wenn er *L. 4. §. 7. D. h. t.* sagt:

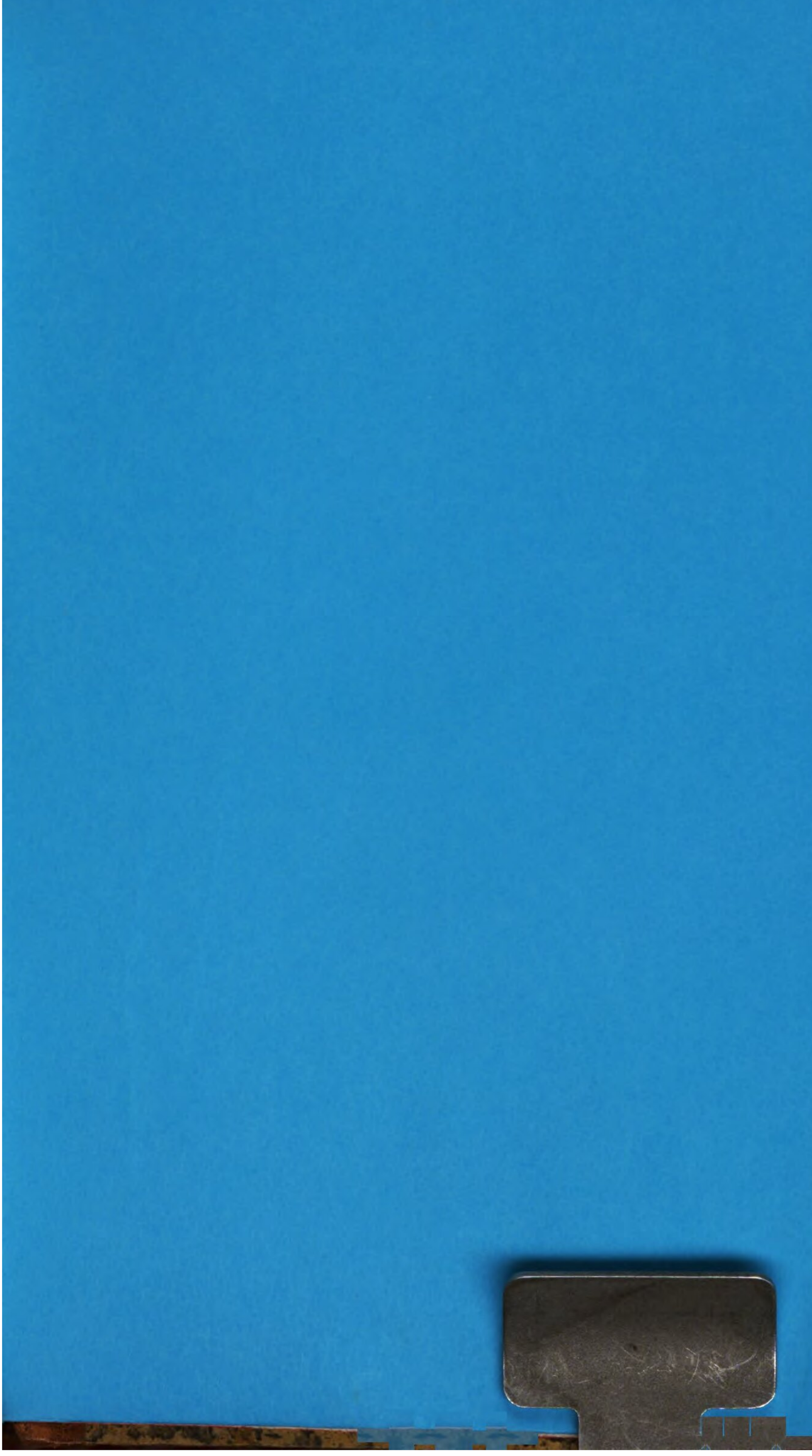
Si communem fundum ego et tu habemus, et vicinum fundum ego solus, an *finium regundorum iudicium* accipere possumus? Et scribit POMPONIUS, *non posse nos accipere:* quia ego et socius meus in hac actione adversarii esse non possumus, *sed unius loco habemur.* Idem POMPONIUS, ne utile quidem iudicium dandum dicit, cum possit, qui proprium habeat, vel communem vel proprium fundum alienare, et sic experiri.

Der Grund dieser Entscheidung beruhet nicht, wie Cujaz [46]) irrig glaubt, darin, daß zwischen den Miteigenthümern eine solche persönliche Einheit Statt finde, wie zwischen Vater und Sohn; sondern er liegt vielmehr in der Natur der Communion oder des Miteigenthums selbst, vermöge welcher sich das Recht eines jeden an der gemeinschaftlichen Sache theilweise über alle Theile der gemeinschaftlichen Sache pro indiviso erstreckt [47]). Daher lassen sich in fundo communi keine Gränzen denken, sondern diese werden erst durch die Theilung festgesetzt. Darum hat nicht die Gränzscheidungsklage, sondern die actio communi dividundo Statt. Es ist also ein völlig ungegründetes Urtheil, welches Joh. Alb. Tiecke [48]) über die bisjetzt noch von allen Theoretikern und Praktikern [49]) vertheidigte Entscheidung des Pomponius ausgesprochen hat, daß sie, als der natürlichen Billigkeit, und aller Rechtsanalogie entgegenstreitend, schlechterdings zu verwerfen sey. Anton Mauritius Nazarius Comitti [50]) hat ihn deshalb gründlich widerlegt.

Endlich ist noch zu bemerken, daß das iudicium finium regundorum *utiliter* auch angestellt werden kann, wenn die Gränzen gewisser Gerechtigkeiten in Ungewißheit und Streit gezogen worden sind, z. B. die Gränzen eines Gerichtsbezirks, der Jagdgerechtigkeit, des Rechts Präbenden zu ertheilen [51]), u. d. Es kann ferner diese *actio utilis* gebraucht werden, wenn zwischen verschiedenen Handwerkszünften über den Umfang ihrer Befugnisse Streit entsteht [52]).

46) Lib. XXII. Obs. 38.
47) S. des 8. Theils 1. Abth. §. 577. S. 78.
48) Diss. de socio finium regundorum agente. *Göttingae* 1779.
49) VOET Comm. h. t. §. 6. NOODT Comm. h. t. pag. 135. *Henr. a* SUERIN Repetit. Lection. iur. Cap. 21. (Tom. IV. *Thes. Otton.* pag. 38.) FRANZKE Comm. ad Pand. h. t. nr. 14. et 15. ZOESIUS Comm. h. t. nr. 7. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. et ad Eund. EMMINGHAUS not. w. THIBAUT System des P. R. 2. Band. §. 576. u. a. m.
50) Progr. Utrum socius contra socium finium regundorum agere possit? *Fuldae* 1792. 4.
51) *Cap. 3. X. de praeb.*
52) S. Schmidts Commentar 4. Bd. §. [illegible]

HAVERHISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN



nicht anstellen, auch eben so wenig dadurch belangt werden, wenn die Gränzen einer, ihm ausschließlich gehörenden Sache, mit der gemeinschaftlichen in Verwirrung gerathen sind; sondern muß sich des iudicii communi dividundo bedienen. Paulus läßt uns wenigstens hieran nicht zweifeln, wenn er *L. 4. §. 7. D. h. t.* sagt:

Si communem fundum ego et tu habemus, et vicinum fundum ego solus, an *finium regundorum iudicium* accipere possumus? Et scribit POMPONIUS, *non posse nos accipere:* quia ego et socius meus in hac actione adversarii esse non possumus, *sed unius loco habemur.* Idem POMPONIUS, ne utile quidem iudicium dandum dicit, cum possit, qui proprium habeat, vel communem vel proprium fundum alienare, et sic experiri.

Der Grund dieser Entscheidung beruhet nicht, wie Cujaz [46]) irrig glaubt, darin, daß zwischen den Miteigenthümern eine solche persönliche Einheit Statt finde, wie zwischen Vater und Sohn; sondern er liegt vielmehr in der Natur der Communion oder des Miteigenthums selbst, vermöge welcher sich das Recht eines jeden an der gemeinschaftlichen Sache theilweise über alle Theile der gemeinschaftlichen Sache pro indiviso erstreckt [47]). Daher lassen sich in fundo communi keine Gränzen denken, sondern diese werden erst durch die Theilung festgesetzt. Darum hat nicht die Gränzscheidungsklage, sondern die actio communi dividundo Statt. Es ist also ein völlig ungegründetes Urtheil, welches Joh. Alb. Tiecke [48]) über die bisjetzt noch von allen Theoretikern und Praktikern [49]) vertheidigte Entscheidung des Pomponius ausgesprochen hat, daß sie, als der natürlichen Billigkeit, und aller Rechtsanalogie entgegenstreitend, schlechterdings zu verwerfen sey. Anton Mauritius Nazarius Comitti [50]) hat ihn deshalb gründlich widerlegt.

Endlich ist noch zu bemerken, daß das iudicium finium regundorum *utiliter* auch angestellt werden kann, wenn die Gränzen gewisser Gerechtigkeiten in Ungewißheit und Streit gezogen worden sind, z. B. die Gränzen eines Gerichtsbezirks, der Jagdgerechtigkeit, des Rechts Präbenden zu ertheilen [51]), u. d. Es kann ferner diese *actio utilis* gebraucht werden, wenn zwischen verschiedenen Handwerkszünften über den Umfang ihrer Befugnisse Streit entsteht [52]).

46) Lib. XXII. Obs. 38.
47) S. des 8. Theils 1. Abth. §. 577. S. 78.
48) Diss. de socio finium regundorum agente. *Göttingae* 1779.
49) VOET Comm. h. t. §. 6. NOODT Comm. h. t. pag. 135. *Henr. a* SUERIN Repetit. Lection. iur. Cap. 21. (Tom. IV. *Thes. Otton.* pag. 38.) FRANZKE Comm. ad Pand. h. t. nr. 14. et 15. ZOESIUS Comm. h. t. nr. 7. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. et ad Eund. EMMINGHAUS not. w. THIBAUT System des P. R. 2. Band. §. 576. u. a. m.
50) Progr. Utrum socius contra socium finium regundorum agere possit? *Fuldae* 1792. 4.
51) *Cap. 3. X. de praeb.*
52) S. Schmidts Commentar 4. Bd. §.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

nicht anstellen, auch eben so wenig dadurch belangt werden, wenn die Gränzen einer, ihm ausschließlich gehörenden Sache, mit der gemeinschaftlichen in Verwirrung gerathen sind; sondern muß sich des iudicii communi dividundo bedienen. Paulus läßt uns wenigstens hieran nicht zweifeln, wenn er *L. 4. §. 7. D. h. t.* sagt:

Si communem fundum ego et tu habemus, et vicinum fundum ego solus, an *finium regundorum iudicium* accipere possumus? Et scribit POMPONIUS, *non posse nos accipere:* quia ego et socius meus in hac actione adversarii esse non possumus, *sed unius loco habemur.* Idem POMPONIUS, ne utile quidem iudicium dandum dicit, cum possit, qui proprium habeat, vel communem vel proprium fundum alienare, et sic experiri.

Der Grund dieser Entscheidung beruhet nicht, wie Cujaz [46]) irrig glaubt, darin, daß zwischen den Miteigenthümern eine solche persönliche Einheit Statt finde, wie zwischen Vater und Sohn; sondern er liegt vielmehr in der Natur der Communion oder des Miteigenthums selbst, vermöge welcher sich das Recht eines jeden an der gemeinschaftlichen Sache theilweise über alle Theile der gemeinschaftlichen Sache pro indiviso erstreckt [47]). Daher lassen sich in fundo communi keine Gränzen denken, sondern diese werden erst durch die Theilung festgesetzt. Darum hat nicht die Gränzscheidungsklage, sondern die actio communi dividundo Statt. Es ist also ein völlig ungegründetes Urtheil, welches Joh. Alb. Tiecke [48]) über die bisjetzt noch von allen Theoretikern und Praktikern [49]) vertheidigte Entscheidung des Pomponius ausgesprochen hat, daß sie, als der natürlichen Billigkeit, und aller Rechtsanalogie entgegenstreitend, schlechterdings zu verwerfen sey. Anton Mauritius Nazarius Comitti [50]) hat ihn deshalb gründlich widerlegt.

Endlich ist noch zu bemerken, daß das iudicium finium regundorum *utiliter* auch angestellt werden kann, wenn die Gränzen gewisser Gerechtigkeiten in Ungewißheit und Streit gezogen worden sind, z. B. die Gränzen eines Gerichtsbezirks, der Jagdgerechtigkeit, des Rechts Präbenden zu ertheilen [51]), u. d. Es kann ferner diese *actio utilis* gebraucht werden, wenn zwischen verschiedenen Handwerkszünften über den Umfang ihrer Befugnisse Streit entsteht [52]).

46) Lib. XXII. Obs. 38.
47) S. des 8. Theils 1. Abth. §. 577. S. 78.
48) Diss. de socio finium regundorum agente. *Göttingae* 1779.
49) VOET Comm. h. t. §. 6. NOODT Comm. h. t. pag. 135. *Henr. a* SUERIN Repetit. Lection. iur. Cap. 21. (Tom. IV. *Thes. Otton.* pag. 38.) FRANZKE Comm. ad Pand. h. t. nr. 14. et 15. ZOESIUS Comm. h. t. nr. 7. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. et ad Eund. EMMINGHAUS not. w. THIBAUT System des P. R. 2. Band. §. 576. u. a. m.
50) Progr. Utrum socius contra socium finium regundorum agere possit? *Fuldae* 1792. 4.
51) *Cap. 3. X. de praeb.*
52) S. Schmidts Commentar 4. Bd. §. [illegible]

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

nicht anstellen, auch eben so wenig dadurch belangt werden, wenn die Gränzen einer, ihm ausschließlich gehörenden Sache, mit der gemeinschaftlichen in Verwirrung gerathen sind; sondern muß sich des iudicii communi dividundo bedienen. Paulus läßt uns wenigstens hieran nicht zweifeln, wenn er *L. 4. §. 7. D. h. t.* sagt:

Si communem fundum ego et tu habemus, et vicinum fundum ego solus, an *finium regundorum iudicium* accipere possumus? Et scribit POMPONIUS, *non posse nos accipere:* quia ego et socius meus in hac actione adversarii esse non possumus, *sed unius loco habemur.* Idem POMPONIUS, ne utile quidem iudicium dandum dicit, cum possit, qui proprium habeat, vel communem vel proprium fundum alienare, et sic experiri.

Der Grund dieser Entscheidung beruhet nicht, wie Cujaz [46]) irrig glaubt, darin, daß zwischen den Miteigenthümern eine solche persönliche Einheit Statt finde, wie zwischen Vater und Sohn; sondern er liegt vielmehr in der Natur der Communion oder des Miteigenthums selbst, vermöge welcher sich das Recht eines jeden an der gemeinschaftlichen Sache theilweise über alle Theile der gemeinschaftlichen Sache pro indiviso erstreckt [47]). Daher lassen sich in fundo communi keine Gränzen denken, sondern diese werden erst durch die Theilung festgesetzt. Darum hat nicht die Gränzscheidungsklage, sondern die actio communi dividundo Statt. Es ist also ein völlig ungegründetes Urtheil, welches Joh. Alb. Tiecke [48]) über die bisjetzt noch von allen Theoretikern und Praktikern [49]) vertheidigte Entscheidung des Pomponius ausgesprochen hat, daß sie, als der natürlichen Billigkeit, und aller Rechtsanalogie entgegenstreitend, schlechterdings zu verwerfen sey. Anton Mauritius Nazarius Comitti [50]) hat ihn deshalb gründlich widerlegt.

Endlich ist noch zu bemerken, daß das iudicium finium regundorum *utiliter* auch angestellt werden kann, wenn die Gränzen gewisser Gerechtigkeiten in Ungewißheit und Streit gezogen worden sind, z. B. die Gränzen eines Gerichtsbezirks, der Jagdgerechtigkeit, des Rechts Präbenden zu ertheilen [51]), u. d. Es kann ferner diese *actio utilis* gebraucht werden, wenn zwischen verschiedenen Handwerkszünften über den Umfang ihrer Befugnisse Streit entsteht [52]).

46) Lib. XXII. Obs. 38.
47) S. des 8. Theils 1. Abth. §. 577. S. 78.
48) Diss. de socio finium regundorum agente. *Göttingae* 1779.
49) VOET Comm. h. t. §. 6. NOODT Comm. h. t. pag. 135. *Henr. a* SUERIN Repetit. Lection. iur. Cap. 21. (Tom. IV. *Thes. Otton.* pag. 38.) FRANZKE Comm. ad Pand. h. t. nr. 14. et 15. ZOESIUS Comm. h. t. nr. 7. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. et ad Eund. EMMINGHAUS not. w. THIBAUT System des P. R. 2. Band. §. 576. u. a. m.
50) Progr. Utrum socius contra socium finium regundorum agere possit? *Fuldae* 1792. 4.
51) *Cap. 3. X. de praeb.*
52) S. Schmidts Commentar 4. Bd. §. [illegible]

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich << von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 10,2

Erlangen (1808)

J.rom.c. 137-10,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565392-6
VD18 90223837